

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES FONDATIONS

ET LE

PROBLÈME DE LA PERSONNALITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

sera présenté et soutenu le vendredi 26 avril 1901, à 8 h. 1/2

PAR

ROBERT MARCADÉ

Président : M. LARNAUDE, *Professeur*.

Suffragants : { MM. BERTHELEMY, *Professeur*.
PILLET, *Professeur*.

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

Libraires-Éditeurs

16, RUE SOUFFLOT, 16

1901



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555404_0005

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES FONDATIONS

ET LE

PROBLÈME DE LA PERSONNALITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

sera présenté et soutenu le vendredi 26 avril 1901, à 8 h. 1/2

PAR

ROBERT MARCADÉ



Président : M. LARNAUDE, Professeur.

*Suffragants : { MM. BERTHÉLEMY, Professeur.
PILLET, Professeur.*

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

Libraires-Éditeurs

16, RUE SOUFFLOT, 16

1901

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES GRANDS'PARENTS

En donnant ici à mes parents et grands' parents un témoignage bien vif d'affection et de reconnaissance, je ne puis me défendre de dédier plus particulièrement ce modeste travail à la mémoire vénérée de mon aïeul Victor Marcadé. Sa vie et ses travaux m'ont offert des exemples que j'aurais aimé à suivre si j'avais hérité de ses aptitudes juridiques. Son nom m'a maintes fois valu un bienveillant accueil dans la famille des jurisconsultes. Je veux remercier à la fois ceux qui m'ont manifesté cette sympathie, et celui qui me l'a acquise et la méritait mieux que moi.

LES FONDATIONS

ET

LE PROBLÈME DE LA PERSONNALITÉ

INTRODUCTION

Il semblerait tout indiqué, avant d'énoncer le problème dont l'étude doit faire l'objet de cet essai, de formuler dès l'abord une définition précise et complète de la fondation. Mais, ici même, une impossibilité se présente, commune d'ailleurs à l'ensemble des questions juridiques où se trouve engagée l'existence d'un principe ou d'une institution : la définition est une inconnue, non une donnée du problème ; elle ne précède pas, mais suppose la démonstration.

Tout au plus peut-on se permettre une indication, et dire que fonder, c'est, de la part d'une personne juridique, disposer, en vue de la réalisation d'un but déterminé, de tout ou partie de son patrimoine, en en réglant plus ou moins impérativement l'avenir, ou encore, que la fondation est l'affectation d'un capital à l'organisation et au maintien d'une œuvre déterminée.

Rien n'est préjugé ainsi du problème proposé qui est le suivant : quelle est la nature de la fondation ? est-elle une libéralité *pour* une œuvre ou une libéralité *à* une œuvre ? c'est-à-dire, constitue-t-elle une libéralité du type commun, faite à une personne actuellement existante, mais avec charge, ou une libéralité *sui generis* faite au profit d'une personne future, l'œuvre à fonder, à personnaliser ? Est-ce un acte simple de disposition, ou un acte double, contenant création de la personne bénéficiaire et disposition du bénéfice ? Est-elle exclusivement et constamment, soit un acte simple, soit un acte double ? ou peut-elle être tantôt l'un, tantôt l'autre, suivant l'ampleur de l'œuvre dotée, ou l'importance de la dotation ? Quelle est dès lors sa définition ? Quelle doit être, d'après cette définition, son organisation, sa réalisation pratique ?

Si nous ne possédons jusqu'ici que l'énoncé de la question, au moins en apprécions-nous de suite l'importance : de suite, nous sommes à même de constater qu'elle est liée, ou plutôt subordonnée au problème général de la personnalité juridique ; qu'elle intéresse donc directement et le droit civil, et le droit public : que sa solution entraîne l'extension ou la limitation des facultés individuelles, et corrélativement, l'atténuation ou le renforcement des prérogatives de l'Etat.

De suite encore, nous pouvons nous rendre compte de sa portée économique, puisque toute œuvre charitable en général, toute fondation en particulier, donne lieu à

un déplacement et à une direction particulière des richesses.

Et tout naturellement, de la constatation de ce double intérêt juridique et économique, nous pouvons *a priori* inférer qu'une semblable question ne peut pas ne pas avoir existé, pour ainsi parler, depuis toujours. En fait, il en a été ainsi : l'activité individuelle et l'activité étatique se sont de tout temps exercées sur les fondations, alors même que le législateur, silencieux ou peu explicite à leur égard, semblait parfois en soupçonner à peine l'existence.

Il y a donc une histoire des fondations, et il était utile d'en faire la remarque ; cette constatation faite, le problème qui doit nous occuper change d'aspect, ou du moins revêt un caractère de complexité particulière : il ne s'agit plus d'une pure question doctrinale, mais d'un problème en quelque sorte bilatéral, à la fois théorique et pratique, qui comporte d'une part l'examen des faits et des textes législatifs, de l'autre, la recherche analytique des principes. C'est cette double étude qu'il nous faudra tenter.

PREMIÈRE PARTIE

Examen des Faits et Lois (1).

Nous venons, jusqu'à plus ample informé et à titre purement indicatif, de présenter la fondation, comme la dotation génératrice d'une œuvre. C'est donc un acte de disposition rentrant dans la catégorie des libéralités, et comme tel assujetti aux règles de forme de la donation, du testament ou des contrats de bienfaisance. Abstraction faite de cet élément externe et constant, comme aussi de tout autre élément formel que pourrait

(1) Dans cette première partie nous comptons envisager le problème des fondations sous un point de vue exclusivement historique ; en d'autres termes nous étudierons uniquement les faits passés et actuels, et parmi ces faits, la législation d'hier et celle d'aujourd'hui ; nous réserverons dans son entier la question de principe.

Quant aux législations étrangères, le cadre restreint et les dimensions exigües de ce modeste travail ne nous permettent pas d'en faire l'étude. Et si nous nous livrons à une courte digression sur le droit antique de la Grèce et de Rome, c'est pour être mieux à même de comprendre notre ancien droit qui continue et clot la période de formation.

requérir le caractère spécial de la fondation, reste le contenu même de l'acte, sa structure intime.

On le conçoit aisément, ce contenu, cet élément intrinsèque, est essentiellement variable : il varie, parce que les buts poursuivis par les divers fondateurs sont multiples et changeants, parce que aussi, suivant les temps et les pays, les législations ou les coutumes régissant explicitement ou implicitement les fondations ont différé, parce que surtout, les principes qui doivent présider à l'organisation des fondations ne sont point sûrement dégagés et unanimement reconnus.

Nos investigations devront dès lors porter seulement sur la nature interne des fondations, seul élément variable ; nous n'aurons guère à nous soucier de leur forme.

Sous le bénéfice de cette observation, de même que nous donnerons du problème théorique des fondations la formule suivante : « la fondation doit-elle être à l'avenir une libéralité à l'œuvre personnalisée ou une libéralité faite, en faveur de l'œuvre non personnalisée, à une personne juridique ? doit-elle être tantôt l'une, tantôt l'autre ? » de même, nous formulons, pour l'étudier ici, le problème historique dans les termes qui suivent : « la fondation a-t-elle consisté autrefois, consiste-t-elle aujourd'hui, dans une libéralité à l'œuvre personnalisée, ou dans une libéralité pour l'œuvre non personnalisée ? »

CHAPITRE PREMIER

LES FONDATIONS DANS LE PASSÉ (1).

SECTION PREMIÈRE

Époque grecque

Dès la période même de formation du droit occidental, l'intérêt pratique de la fondation apparaît; l'instinct de fondation se révèle chez le bienfaiteur, les œuvres désirables sont entrevues, et, dès les débuts aussi, l'entrave législative se fait sentir. Des textes et des inscriptions authentiques attestent l'existence d'œuvres pieuses, philosophiques, et autres, organisées par des citoyens d'esprit élevé et de condition fortunée. Mais les mêmes textes démontrent qu'un seul mode de fonder est loisible et praticable, le don ou le legs fait à un groupe-

(1) La belle étude de M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, « *Théorie et pratique des fondations perpétuelles* » (Giard et Brière, éditeurs), contient un historique très documenté et d'un grand intérêt, que nous nous sommes permis de mettre largement à contribution.

ment personnalisé (collège ou cité), mais conditionné par l'obligation d'entretenir l'œuvre du bienfaiteur, c'est-à-dire, le don ou le legs à une personne juridique préexistante, à charge par elle de mener à bien l'œuvre conçue, désirée et dotée par le donateur ou le testateur (1), cette uniformité du type primitif, contestée sans motifs sérieux, peut donner matière à deux commentaires contradictoires, ayant trait au problème général des fondations :

De ce que la fondation grecque est un don modal à un être collectif, on peut inférer : ou bien, que, dès le début, le problème a reçu sa vraie solution, la réduction de la fondation au type unique et exclusif de la libéralité avec charge ; ou bien, que l'époque grecque est une époque de tâtonnements, où la solution satisfaisante n'est point encore trouvée, ou peut-être même elle est déjà désirée.

Nous inclinons volontiers vers l'opinion favorable à cette deuxième interprétation, qui nous paraît contenir plus de vraisemblance et de probabilité que la première.

Elle est plus vraisemblable, car l'ordre des choses et les lois historiques les mieux établies veulent qu'un problème juridique donné ne soit pas dès l'origine tranché définitivement ; elle est surtout plus probable, car le

(1) Consulter sur ces points : GEOUFFRE DE LAPRADELLES, p. 11 et suiv., et BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, t. III.

fameux testament de Théophraste, envisagé à bon droit comme un fait historique de grande valeur, laisse voir que la réduction de la fondation à la donation modale provoquait déjà des desiderata.

Voici le fait, tel qu'il est rapporté par M. Geouffre de Lapradelle (*loc. cit.*, p. 13) : « Voulant affecter ses jardins à la création d'une école de philosophie, il (Théophraste) les laisse à dix de ses amis, parmi lesquels Hipparch, Neleus, Kallinos et Strato, pour y vivre de science et de philosophie, en leur défendant d'en jamais changer le but. Simple et primitif, ce mode de fonder était très imparfait. Le fondateur n'assurait son œuvre que pour la durée d'une génération. Pour lui permettre de se prolonger davantage, il fallut qu'un des dix, Strato, se comportant en maître, assignât aux jardins le même objet, en les transmettant, sous la même clause, à l'un de ses élèves Lyko, qui, fidèle à la volonté du maître, dut instituer à son tour dix disciples. C'est seulement par ces transmissions successives, aussi fragiles qu'incertaines, que l'œuvre se poursuit. » Cela est significatif : Théophraste, juriste d'ailleurs expérimenté, ne veut donner sub modo ni à la Cité, hostile à son maître Aristote, ni à une association, qui eût pu dénaturer son œuvre, ni à ses disciples constitués en un collège dont la personnalisation eût nécessité l'intervention peu bienveillante des pouvoirs ; force lui est dans ces conditions, en l'absence de tout autre procédé légal que la libéralité indirecte, de recourir à des expédients et de se livrer à

des constructions juridiques dont la valeur est douteuse, et la solidité dérisoire.

SECTION DEUXIÈME

Epoque Romaine (1)

S'il était normal, et en quelque sorte fatal que, dans le droit grec, la fondation restât à l'état embryonnaire, du jour où les principes romains étaient solidement cristallisés, il semblait que la fondation, suivant une progression égale à celle des institutions juridiques similaires, dût atteindre son expression définitive. Il en aurait été ainsi, si l'élaboration juridique si remarquable que l'on observe dans les travaux législatifs et jurisprudentiels de Rome avait véritablement abouti à la constitution d'une science. Mais, comme, en définitive, le droit romain, quiritaire et rigide dès l'origine, ne perdit jamais complètement ces caractères premiers, et qu'en éclaircissant bien des points douteux, en résolvant bien des problèmes, il n'en a pas moins laissé dans l'obscurité ou effleuré très superficiellement d'autres points et d'autres problèmes, il n'y a rien de surprenant à ce qu'il ait négligé ce qu'il y avait de vraiment incertain et par la même captivant dans la question des fondations.

Y a-t-il jamais eu, d'ailleurs, à travers tous les textes

(1) Voir M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, p. 15 et suiv.

du droit romain primitif, classique ou décadent, une question des fondations ? Nous ne le croyons pas. L'utilité et le besoin de fonder des œuvres charitables, philosophiques ou artistiques n'apparurent dans ce pays qu'au déclin de la République ; alors seulement furent entrevus et poursuivis ceux des buts d'ordre élevé ou altruiste, qui pouvaient nécessiter la forme fundative. Que fit-on alors, pour trancher, non le problème théorique, mais la question positive et pratique du mode de fonder ? En raison de la parenté imaginée entre la donation et le legs d'une part, la fondation d'autre part, et due à leur caractère commun d'acte de libéralité, on prêta à la fondation, avec la forme antérieurement assignée au legs et au don, la structure intime et l'économie même de ces deux actes. La fondation n'était et ne devait rester, bien que cela ait été contesté, depuis la fin de la république jusqu'à la chute définitive de l'empire, qu'un don ou legs *sub modō*.

A vrai dire, la physionomie de la fondation romaine ainsi définie n'a pas conservé, de façon constante, une immobilité absolue. Par cela même que les Romains, bienfaiteurs, ou jurisconsultes, n'étaient guidés dans la recherche et l'étude de la forme fundative que par des considérations pratiques, la fondation, tout en restant assujettie aux vieux principes de la matière des donations entre-vifs ou testamentaires, se présentait en fait enrichie de diverses modalités et améliorée par quelques correctifs. Cela suffirait à prouver, s'il en était besoin,

que la fondation, telle qu'elle était comprise par les Romains, ne répondait pas à tous les besoins, et valait en somme ce qu'avait valu la fondation grecque.

Comme le bienfaiteur grec, le fondateur romain avait à redouter surtout, dans la donation modale, l'inexécution du *modus*, c'est-à-dire la non réalisation de l'effet qu'il avait surtout, sinon exclusivement voulu atteindre. Pendant un temps, au début de notre ère, les pouvoirs publics avaient confié à la vigilance du *curator rei publicæ* la mission spéciale de surveiller l'exécution des libéralités modales faites aux cités. Mais cette arme de défense donnée à la fondation, et prise hors d'elle-même, n'était mise à sa disposition que si elle affectait la forme du don modal à un groupement politique. La fondation réalisée sous les espèces d'un don modal à une personne morale privée en était dépourvue.

Il était, il est vrai, loisible au fondateur, de défendre lui-même son œuvre, en stipulant dans l'acte constitutif une *mulcta*, d'insérer dans cet acte une clause quasi pénale aux termes de laquelle, au cas d'inexécution de la charge, la dotation passait en capital ou en revenus, totalement ou partiellement, définitivement ou temporairement, dans le patrimoine d'un autre groupement. — Était-ce un moyen juridiquement correct ? Peut-être. A coup sûr, ce moyen ne constituait pas une garantie efficace : le second groupement pouvait à son tour faillir à la mission dont il était investi ainsi en sous-ordre.

Parfois, la clause portait que l'inexécution donnerait

lieu à un retour des capitaux soit au fondateur, soit à ses héritiers ; mais alors l'œuvre avortait.

Bref, on est autorisé à affirmer que la fondation, pas plus à Rome qu'en Grèce, n'avait trouvé sa parfaite expression.

SECTION TROISIÈME

La Fondation dans l'ancienne France

Depuis l'époque où l'invasion franque détermine en Gaule la pénétration réciproque des coutumes germaniques et du droit impérial romain, jusqu'à celle de l'avènement de notre droit moderne, la fondation traverse trois phases successives et bien distinctes de son histoire :

I. Elle jouit, tout d'abord, jusqu'aux environs de 1749 d'un régime de pleine liberté, et, pendant cette période, elle évolue en toute indépendance sous la seule pression des faits et des circonstances.

II. En 1749, le législateur arrête son développement naturel, et l'assujettit aux textes rigoureux qui régissent les libéralités et les associations. (1)

III. La Révolution survient, et le législateur ne se borne plus à contrarier l'évolution de la fondation ; il en supprime l'existence.

(1) Pour ces deux premières périodes voir GEOUFFRE de LAPRADELLE, p. 31 et suiv., et COULONDRE. *Des acquisitions de biens par les établissements de la religion chrétienne. Thèse*, Paris, 1886.

§ I. — Régime de Liberté.

L'étude de la première période n'est certes pas pleinement instructive ; elle ne peut fournir à elle seule les éléments d'une solution décisive du problème des fondations puisqu'elle porte sur une époque primitive, et que les types primitifs, en vertu de la loi historique que nous avons précédemment rappelée, sont souvent imparfaits. Mais cette étude présente néanmoins un grand intérêt, en ce qu'elle est relative à une période de liberté, en ce qu'elle nous fait assister à une évolution se déroulant en quelque sorte sans entraves, douze siècles durant, et s'acheminant par degrés vers un terme définitif, qui aurait été l'expression intégrale et vraie de la fondation, et qu'elle aurait atteint sans le brusque et regrettable fait législatif de 1749.

Jusqu'à cette année 1749, la fondation évolue en deux stades ; au cours du premier stade, elle se présente sous quatre types différents, notamment sous le type du don modal antique, et sous celui de l'œuvre individualisée et autonome ; au cours d'un second stade, la pratique restitue, et consacre exclusivement la fondation autonome.

1^{re} *Période de Formation*. — Les quatre types coexistant en cette première période (période ante-carolingienne) présentent une particularité assez originale : le fondateur n'a recours à l'un d'eux qu'après avoir créé et organisé son œuvre en fait : sur l'œuvre réalisée en fait

s'exerce l'activité juridique du fondateur, et elle s'exerce de façon différente suivant qu'il s'agit d'un hôpital, ou au contraire, d'un monastère ou d'une église.

Dans le premier cas, l'hôpital, œuvre de fait, est l'objet de la part de son créateur d'un don ou legs modal à corporation religieuse préexistante ; ce donataire ou légataire est ainsi grevé, non plus d'une charge de créer l'œuvre, comme à l'époque grecque ou romaine, mais d'une charge d'entretenir. Hormis cette différence de fait, il y a identité entre ce type et le type antique.

Dans le second cas, hypothèse de la fondation d'une église ou d'un monastère, le bienfaiteur, pour assurer la perpétuité de l'œuvre par lui créée en fait, la transmet à une personne sûre, qui, elle même, fera une semblable transmission à une autre personne sûre, et ainsi de suite. C'est le procédé de Théophraste, procédé juridiquement informe et pratiquement inefficace : si la personne soi-disant sûre est simplement priée de transmettre, nulle garantie d'avenir ; si elle est impérativement chargée de transférer, (charge exorbitante en droit), la garantie, sans être nulle, est assez minime, car les héritiers sont là pour contester la validité ou la réalité de chaque transmission ; d'autre part, chacune des personnes sûres doit transmettre, non pas à une personne prédéterminée, mais à une personne qu'elle aura le devoir ou la faculté d'élire, et il y a tout à fait lieu de s'inquiéter de savoir si elle le fera toujours à temps, ou, le fit-elle à temps, si elle le fera sagement,

Pour la fondation d'une église ou d'un monastère, un second procédé fut employé, celui de l'institution de personnes placées hors des atteintes de la mort, par exemple, des saints, de Dieu, procédé déjà consacré à l'époque romaine, et visé dans la novelle 131. La perpétuité de l'œuvre serait ainsi assurée. Mais un tel procédé est de tous points critiquable ; il l'est surtout au point de vue juridique, car l'institution d'une personne surnaturelle ne peut valoir, et, fut-elle valable, elle serait inopérante, puisque, s'il est institué légataire direct, l'être surnaturel ne peut bénéficier de l'institution, et s'il est institué légataire modal, il ne peut exécuter le *modus*.

A cette même hypothèse de la fondation de chapelle ou de monastère, s'applique l'emploi d'un troisième type, produit d'une élaboration moins mystique et plus juridique que le précédent. Ce troisième type, pour être plus juridique, ne laissera pas cependant d'être profondément original ; il ne se ramènera, ni à l'institution modale d'une association *préexistante* à charge par celle-ci d'entretenir l'œuvre, ni à l'institution directe de l'œuvre elle-même, du but, mais à l'institution directe des bénéficiaires de cette œuvre, c'est-à-dire à l'institution de l'association des moines, des fidèles, association *non pas préexistante* à l'œuvre, puisqu'elle n'a été formée qu'au moment où le fondateur a créé l'œuvre en fait.

Ainsi donc, au cours de notre premier stade, la fon-

dation, œuvre de fait tout d'abord, devient œuvre de droit en affectant le type modal si elle porte sur un hôpital, et l'un des trois autres types précités, si elle consiste dans l'érection d'une église ou d'un monastère.

2° *Epoque de la fondation individualisée et autonome.*

— Nous arrivons à l'époque carolingienne, et nous sommes témoins d'une transformation curieuse de la fondation d'hôpital.

L'hôpital, qui, jusqu'ici, avait constitué une œuvre, vivifiée en droit par le procédé de la libéralité modale à association préexistante, non sans avoir préalablement vécu en fait, est un instant (v. M. Geouffre de Lapradelle, p. 42 et 43) transmis, sans l'intermédiaire d'une association préexistante, et par institution conjointe, aux bénéficiaires même de l'œuvre (*infirmi*), et au groupe de religieux qui la dessert (*sani*). En d'autres termes, à un moment donné (au cours du XII^e siècle) au système de la libéralité modale se substitue celui de l'institution directe.

Mais, l'institution directe des bénéficiaires, conjointement avec les desservants de l'hospice, ne dure qu'un instant ; cet instant écoulé, l'institution directe des bénéficiaires disparaît, et seule, subiste, dans les actes constitutifs de fondations, l'institution de l'association desservante, c'est-à-dire l'institution *sub modo*.

Et du XII^e au XIV^e siècle il en est ainsi. Dans ce laps de temps, le régime de la libéralité modale va-t-il

assurer aux fondations la perpétuité à laquelle elles tendent ? Va-t-il leur assurer cette perpétuité, alors surtout que le don ou le legs modal ne contient plus, comme autrefois à Rome, des clauses de garantie telles que la *mulcta*, ou n'est plus surveillé dans son exécution par un fonctionnaire spécial, tel que le *curator romain* ? Assurément non : sous l'empire on a la faveur de circonstances diverses, les moines desservants oublient le but de la libéralité et font leur la dotation de l'œuvre ; l'existence de la fondation une fois liée à celle de l'association, celle-ci absorbe celle-là.

Aussi aux *xiv^e* et *xv^e* siècles la fondation d'hôpital, évoluant une fois encore, dépouille-t-elle le type modal, et s'individualise-t-elle, de même que, longtemps auparavant, s'était individualisée la fondation d'église ou de monastère.

Cette individualisation s'effectue progressivement et par étapes. Elle se réalise d'abord par la voie du don ou legs direct à l'œuvre *personne future* ; les moines ou frères desservants, autrefois légataires, sont écartés. Puis, l'individualisation est plus complète et plus juridique : le fondateur crée d'abord l'œuvre par un acte de souveraineté, comme le fait observer M. Geouffre de Lapradelle ; lui-même, et de sa propre autorité, il lui confère la personnalité, et, après l'avoir créée, il la dote. Nous arrivons ainsi au don ou legs direct à l'œuvre *personne présente*.

Telle fut l'élaboration finale de la pratique, d'ailleurs critiquée sur ce point par la doctrine du temps.

Il n'y a pas lieu d'apprécier quant à présent cette forme dernière de la fondation ; les éléments d'appréciation nous manquent encore en partie. Nous nous bornerons à remarquer dès maintenant que nous ne sommes plus à la période d'essai et de tâtonnement de la fondation antique. A l'époque médiévale, la fondation se présente, non plus sous un seul aspect comme dans le droit grec ou le droit romain, mais presque sous tous ses aspects possibles et imaginables ; la pratique, après expérience faite, s'en tient au système de la fondation individualisée et autonome. Il y a là un fait acquis, et peu importe en vérité que la doctrine du temps condamne sur ce point la pratique. (1)

§ II. — Régime restrictif

A) *Fondation testamentaire.* — Nous déclarons restrictif le régime légal imposé aux fondations par l'édit de 1749, et subi par elles jusqu'à la Révolution ; et en effet, comme nous allons pouvoir en juger, non-seulement l'édit de 1749 réglemente soigneusement la fondation réduite aux proportions du legs modal, mais même, il ne réglemente qu'elle, et proscriit les autres.

(1) Ici nous n'avons étudié à dessein que les fondations assez importantes pour être à même de prétendre à la personnalisation, et nous avons omis d'observer les fondations minimales, telles que messes ou obits,

Cette intervention législative, motivée et préparée dès le début du xvii^e siècle, n'est pas le résultat d'une élaboration doctrinale et théorique. Elle est la simple extension et la consolidation d'un système sur les associations, mis en vigueur par l'édit de 1629, et maintenu par ceux de 1659 et 1666. L'association étant dans ce système assujettie à l'autorisation, qu'elle évitait fréquemment en fait en se dissimulant derrière la fondation susceptible d'être desservie par une corporation, il fallait pour supprimer effectivement la liberté de l'association supprimer en même temps celle de la fondation à base corporative. C'est ce qui explique que l'édit de 1749 n'atteigne que les fondations de ce genre, et épargne les fondations de bourses, de messes, obits « ou autres œuvres pieuses de même nature » art. 3.

Tels ont été les antécédents législatifs, et telle a été la cause déterminante de l'assimilation légale réalisée par l'édit de 1749 entre la fondation et l'association. M. Geouffre de Lapradelle (p. 56 à 68) discerne soigneusement et judicieusement les autres causes, mais ne leur attribue, avec raison ce semble, qu'une importance secondaire.

L'assimilation, faite ou non à bon droit entre l'une et l'autre institution, fut grosse de conséquences pour la fondation, et la transforma de fond en comble : avant 1749, la fondation s'analysait ainsi qu'il suit : 1^o personnalisation de l'œuvre par le fondateur lui-même ; 2^o dotation de cette personne nouvelle ; après 1749, le

fondateur, s'il veut fonder par testament, ne peut plus personnaliser son œuvre, qui sera personnalisée par l'État après sa mort. La dotation va donc précéder la personnalisation ; le legs sera donc un legs direct à personne future.

Mais, en 1749, un tel legs est-il permis par le droit privé ? En cas de mutation de biens par décès, le droit privé exige que le successeur recueille *immédiatement* le droit de propriété du défunt ; cette continuité, requise en cas de transmission de patrimoine ab intestat, aux termes de l'adage « le mort saisit le vif », est également requise, en cas de transmission testamentaire, aux termes de l'ordonnance de 1735. En conséquence, on ne peut léguer universellement à personne future. On ne saurait léguer à personne future qu'à titre particulier, et s'il existe un héritier apt à représenter la succession, et partant, à assurer la continuité des titulaires du droit de propriété. Voilà un premier obstacle opposé à la fondation par le droit privé,

Le droit public formulé dans l'édit de 1749 en oppose un autre (art. 2) : il interdit désormais tout « acte de dernière volonté pour fonder un nouvel établissement » ; autrement dit, il interdit de léguer, d'une façon ou à un titre quelconque, au profit d'une personne future. Le legs particulier permis par le droit privé est déclaré illécite par le droit public.

Et de même, nonobstant la faculté laissée sur ce point

par le droit privé, le droit public prohibe (ordonnance de 1749, art. 2) le fidéi commis au profit de personne future; il ne faut pas qu'on puisse réaliser obliquement, grâce au fidéi commis, ce que le droit public interdit de faire directement, par legs particulier.

Resta alors à la fondation testamentaire une seule porte d'accès vers la légalité, le procédé du legs sub modo à personne morale préexistante, qui ne pourra même se réaliser par legs d'immeuble (art. 14 et 17. Edit. de 1749) avant qu'une déclaration du 20 juillet 1762 ne vienne le permettre (art. 9. Déclaration de 1762).

B) *Fondation entre-vifs*. — Quelle est la situation faite en 1749 à la fondation entre-vifs? Elle aussi est atteinte par l'édit, mais moins gravement; le fondateur doit obtenir l'autorisation par lettres patentes, et tout don d'immeuble doit être autorisé. En théorie, cela n'interdirait pas, suivant nous, que la création de l'établissement soit antérieure à sa dotation; tout au moins pourrait-elle être concomitante de celle-ci. Dans ces conditions, la fondation faite entre-vifs pourrait conserver sa prime indépendance, et se constituer, comme par le passé, hors de toute donation modale à personne morale préexistante.

Il nous semble même que la postériorité de la personnalisation par rapport à la donation ne rendrait pas celle-ci caduque, si l'on veut bien admettre que pour qu'une donation soit valable, il n'est pas nécessaire que le donataire existe avant l'acceptation.

§ III. — Régime interdictif

Sous l'ancien régime, la fondation avait très généralement et de longue date poursuivi un double but, à la fois confessionnel et charitable ; son organisme s'était ainsi adapté et avait adhéré aux organismes et aux institutions ecclésiastiques ; l'œuvre ayant pour but prépondérant la bienfaisance (hôpital, établissement d'instruction, bourse d'études), aussi bien que la fondation essentiellement pie (messes, obits) s'était greffée sur la fabrique d'église, la congrégation, la confrérie, le bénéfice ecclésiastique.

Et ç'allait être, pour la Révolution, un travail de disjonction bien délicat que celui qui devait consister à désagréger la fondation d'avec le corps ecclésiastique, pour ensuite maintenir l'une autant que possible, en supprimant ou en transformant l'autre.

Il y avait même là une quasi impossibilité, étant donné que les deux institutions faisant corps l'une avec l'autre, leurs natures s'étaient naturellement pénétrées et réciproquement altérées.

Aussi voyons-nous que si le droit intermédiaire a réussi à maintenir à quelques fondations, les plus importantes à vrai dire, leur caractère principal et leur but essentiel, il a été insensiblement amené à dénaturer et à ruiner les autres.

Les textes législatifs de la période révolutionnaire nous édifient sur ce point : Ces textes maintiennent les

fondations d'hôpital, (1) en leur imprimant une direction laïque ou étatique; ils tirent un parti semblable des fondations de collèges (2), et des fondations de bourses, ainsi, l'œuvre, autrefois de caractère privé, devient établissement public, ou portion du patrimoine d'un établissement public, mais son caractère charitable demeure.

Au contraire, se rattachant plus intimement, plus indissolublement, aux institutions ecclésiastiques, pour lesquelles elles constituent une source de revenus à charge d'exécution d'un service religieux, les œuvres pies (3), avec ou après la constitution civile du clergé, en dépit de toute clause de réversion insérée dans les actes constitutifs au profit du fondateur ou de ses héritiers, disparaissent sans exception, avec tout profit pour l'Etat qui absorbe les fonds et se dispense des charges. Le même sort est décidé pour les fondations en faveur de corporations ou de membres de corporations supprimées, et pour le même motif (4).

(1) D. 23-28 oct. et 5 nov. 1790 (titre I^{er}, art. 1-13). — D. 18 août 1792 (t. 2 art. 2). — D. 19-24 mars 1793. — D. 1^{er}-4 mai 1793, art I^{er}. — D. 23 messidor an II. — D. 9 fructidor an III. — D. 2 brumaire an IV. — Loi 16 vendémiaire an V. — Loi 16 messidor an VII — L. 4. ventôse an IX. — Arrêté 9 fructidor an IX.

(2) D. 12-24 juillet 1790, t. 1, art. 25. — D. 23-28 oct. et 5 nov. 1790, t. I^{er}, art. 3. — D. 18 août 1792, t. 2., art. 5, 6 et 7. — Loi 25 messidor an V.

(3) D. 12-24 juillet 1790, t. I^{er}, art. 22 à 25. — D. 10-18 février 1791. — D. 13-14 brumaire an II, art. 1^{er}. — D. 24 août, 13 sept. 1793, art. 24.

(4) D. 26 sept. 6 oct. 1791. — D. 18 août 1792.

Ce remaniement arbitraire, qui se traduit en définitive par la violation des volontés fondatives, importerait peu au point de vue de la solution théorique du problème général des fondations, s'il ne faisait nettement ressortir le péril d'une connexité et d'une coexistence étroites entre l'œuvre fondée et une personne morale préexistante.

CHAPITRE II

LES FONDATIONS DANS LE DROIT FRANÇAIS

Une historique rapide nous a révélé l'existence des différents types et des différents genres de fondations. Nous avons pu remarquer que certaines œuvres avaient atteint ou essayé d'atteindre, suivant que les temps et les législations leur étaient plus ou moins propices, la personnalisation et l'indépendance, tandis que d'autres n'étaient pas sorties et n'avaient jamais tenté de sortir du cadre des dons et legs. Ces dernières œuvres, plus particulièrement dénommées œuvres pies, consistant dans la fondation de messes ou d'obits, dans la création de dots ou de bourses, dans l'organisation de secours divers aux malheureux ont pour ainsi dire à peine retenu notre attention ; c'est qu'elles ne pourraient donner lieu à de sérieuses difficultés d'ordre législatif ; leur but et leurs dimensions, restreints à d'assez minimes proportions, ne requièrent point la personnalisa-

tion et l'autonomie ; elles se greffent très avantageusement sur les différentes personnes morales ayant les mêmes tendances et les mêmes finalités qu'elles. Nous continuerons donc à les écarter du débat, sauf à y faire, s'il y a lieu, quelque allusion.

Il n'en saurait être de même pour le premier genre de fondation. Ici, l'importance et les proportions de l'œuvre, la spécialité très accusée du but, sont généralement telles, qu'elles s'accommoderaient guère d'une vie parasite sur une personne morale : cela ne paraît pas faire de doute pour ce qui concerne les hôpitaux, hospices, asiles, et autres créations de bienfaisance similaires, de même pour les établissements d'instruction. Il leur faut la personnalisation.

La loi française actuelle permet-elle qu'elles en soient pourvues ? Si oui, comment les personnalisera-t-on ? Plus spécialement, sera-t-il possible de procéder à une personnalisation directe, ou faudra-t-il recourir à un intermédiaire juridique quelconque, personne physique ou personne morale préexistantes ?

A cette question principale et à ces questions secondaires, il n'y aura de réponse possible qu'après étude *distinctement* faite de notre droit positif privé et de notre droit positif public. (1)

(1) Nous ferons remarquer que le problème historique ou de droit positif ci-dessus posé n'est modifié ici que dans ses termes, et que la question reste toujours celle de savoir si la fondation doit consister dans une libéralité directe à l'œuvre ou dans une libéralité indirecte pour l'œuvre, si elle doit consister dans l'une ou l'autre libéralité

SECTION PREMIÈRE

Droit Civil

Les principes généraux de notre droit civil actuel concernant les libéralités et intéressant directement le problème des fondations peuvent être formulés dans les propositions suivantes :

1° On ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation ou par testament, dans certaines formes solennelles (art. 893 C. Civ.)

2° Pour qu'il y ait donation entre-vifs ou testamentaire, il est nécessaire qu'il y ait coexistence à un moment donné (époque de la donation entre-vifs, ou moment précis qui précède le décès) d'un donateur et d'un donataire capables (art. 906 C. Civ.)

3° Dans une libéralité quelle qu'elle soit, pour qu'il y ait vraiment libéralité de la part du bienfaiteur vis-à-vis du bénéficiaire, il faut que le premier ait à l'égard du second l'*animus donandi*, et que le premier procure au second un réel bénéfice. (Cette proposition, très importante, n'est-elle pas évidente ?)

4° Et pour que le bienfaiteur procure au bénéficiaire un réel bénéfice, il faut que l'objet de la libéralité soit un droit tiré du patrimoine du bienfaiteur et transmis directement ou indirectement, immédiatement ou mé-

exclusivement, ou si elle peut être, suivant les cas, tantôt l'une, tantôt l'autre ?

diatement, à celui du bénéficiaire — ou un acte gratuit du bienfaiteur avantageux pour le bénéficiaire. Cela nous paraît non moins évident, car si le bienfaiteur ne se dépouille en aucune façon, par une dépense de richesse ou d'activité, comment peut-il être bienfaiteur ?

5° Toute donation est une libéralité.

6° Tout legs n'est pas essentiellement une libéralité.

Ces deux premières propositions exigent quelques justifications.

Que toute donation soit nécessairement une libéralité, cela a été contesté. M. J. E. Labbé (Note sous Cass. Civ., 5 juillet 1886, *J. du Palais*, 90, 1.609) déclare que la donation ou le legs ont pour trait caractéristique l'acquisition gratuite d'un droit pour le donataire ou le légataire, mais non l'acquisition à la fois gratuite *et avantageuse* de ce droit. En d'autres termes, pour qu'il y ait don ou legs, il n'est pas nécessaire, d'après l'éminent arrêliste, que le donataire ou le légataire tire un émolument de la disposition. Le donataire ou le légataire sont tels, non pas seulement quand il est incertain que l'acte leur procurera un bénéfice, mais même lorsqu'il est certain qu'il ne leur en procurera pas.

Cette affirmation nous paraît exacte pour ce qui est du legs ; mais nous nous permettrons de la critiquer, malgré la grande autorité du jurisconsulte en cause, en ce qui concerne la donation entre-vifs.

Quand un individu donne à un autre, si cet autre ne profite, ni du droit gratuitement transmis, ni du fait gra-

tuitement presté, — et si lui, donataire, ne détruit ou n'aliène la chose, objet du droit, ou le bénéfice provenant du fait, au moment même où il va en profiter, — il faut nécessairement que ce droit ou ce bénéfice profite à un tiers. C'est ce tiers qui est le véritable donataire. Il y a alors stipulation pour autrui, soit de la part du donateur, soit de la part du soi-disant donataire, — il y a même stipulation pour autrui illicite, car la stipulation pour autrui est permise en tant que clause adjectice et accessoire d'un acte (art. 1121 C. Civ.), mais elle est interdite, en tant qu'acte indépendant, *sui generis* (art. 1119 même code).

Ce que nous déclarons ici, ne se réfère bien entendu qu'à la seule hypothèse où il est certain que le soi-disant donataire ne tirera jamais profit de l'acte ; au cas au contraire, où le donataire n'est pas certain de ne jamais bénéficier de la disposition, il y a réellement donation, et il est réellement donataire ; la donation est alors éventuelle ou conditionnelle, mais elle est.

En rejetant l'opinion de M. Labbé sur le premier point, nous croyons pouvoir, sans contradiction, l'admettre sur le second, c'est-à-dire en ce qui concerne le legs.

Dans le cas qui nous occupe, il y a une différence capitale entre le don entre-vifs et le legs.

Pourquoi est-on arrivé à l'impossibilité en question avec la donation ? C'est parce qu'il y a eu concours de deux personnes juridiques différentes, de deux volontés distinctes, et que l'une s'est engagée vis-à-vis de la

seconde, sans que celle-ci y eût aucunement intérêt ; là s'est rencontrée l'impossibilité de droit positif (art. 1119).

Dans l'hypothèse du legs universel, la volonté du *de cujus*, se survivant à elle-même dans le testament, se rencontre bien avec celle du légataire, en réalité dès l'acceptation du légataire, en droit dès le moment du décès puisque cette acceptation est censée rétroagir au jour du décès (art. 1014. C. Civ.) Il y a bien, là encore, consensus de deux volontés distinctes, il y a bien engagement de l'une vis-à-vis de l'autre, sans que celle-ci y eût aucunement intérêt ; mais il n'y a plus contrat. Cela est clair. Or, l'article 1119, applicable en matière contractuelle, ne l'est pas en matière testamentaire. Il l'est d'autant moins en pareille matière qu'il est irrationnel (1), partant exceptionnel, et que s'il n'est pas écrit formellement pour telle ou telle hypothèse, il ne peut, par extension, par analogie, lui être appliqué.

Nous ne trouvons donc pas, en matière testamentaire, la même impossibilité que pour la donation entre-vifs ; nous ne sommes par arrêtés par l'interdiction de l'article 1119, et il paraît possible de décider que, à la différence de la donation, le legs ne doit pas être nécessairement une libéralité.

(1) L'article 1119 est suivant nous irrationnel, et la stipulation principale pour autrui nous paraît juridique, car ce contrat établit bien un lien de droit d'une part entre l'acceptant et le stipulant, qui a *intérêt* à faire révoquer sa disposition en cas de non exécution, d'autre part entre l'acceptant et le bénéficiaire, qui a *intérêt* à faire exécuter la disposition.

Cette possibilité se conçoit, si l'on considère qu'en dehors de l'article 1119, aucun article du Code Civil, aucun texte de loi, ne déclare explicitement ou ne laisse entendre que, par essence, le legs doit être un acte libéral.

Et il ne pouvait en être autrement, étant donné que le legs est par essence et uniquement la dévolution testamentaire d'un bien, dévolution correspondant à la dévolution légitime. En vertu d'un testament, un patrimoine ou une fraction de patrimoine est transmise au décès d'un individu à un autre individu, de même que, à défaut de testament, semblable transmission est opérée par la loi. Dans un cas comme dans l'autre, nous ne voyons pas quelle nécessité théorique ou même pratique il peut y avoir à ce que la transmission se fasse, non pas seulement gratuitement, mais aussi avantageusement, pour l'attributaire des biens légués. Cette nécessité n'étant pas démontrée, pour que les legs fussent par essence des actes de bienfaisance, il aurait fallu qu'un texte formel l'exigeât. Or, il n'y en a point.

Si nous vérifions désormais, à l'aide de ces principes conducteurs, les différents types de fondation concevables, nous serons à même d'éliminer ceux d'entre eux qui nous paraîtront incompatibles avec le droit civil, et nous parviendrons peut-être ainsi à la détermination des types légaux, tout au moins au point de vue du droit civil.

La pratique, ancienne ou actuelle, nous révèle ou pourrait nous révéler l'existence des types fondatifs suivants : 1° Don ou legs indirect à l'œuvre par l'intermédiaire d'une personne physique ou morale; sous la charge pour cette personne de poursuivre la personnalisation de cette œuvre; 2° création et dotation directes de l'œuvre par acte entre vifs; 3° création et dotation directes de l'œuvre par acte testamentaire.

**§. I. — Personnalisation de l'œuvre par le procédé
de la libéralité modale.**

Le type générique de fondation consistant dans le don ou legs à personne préexistante, physique ou morale, à charge de réaliser la personnalisation et la dotation de l'œuvre, présente quelques variétés, que nous examinerons successivement :

1° Don entre-vifs à personne préexistante; 2° legs universel à personne préexistante; 3° legs à titre universel à personne préexistante; 4° legs à titre particulier à personne préexistante.

Et s'il faut au préalable donner du *modus* que contiennent ces dons ou legs, et même du *modus* en général, une formule qui ne peut être quant à présent qu'indicative et provisoire, nous dirons de lui qu'il est une clause, onéreuse pour l'institué, avantageuse pour le disposant ou un tiers, et contenant charge de donner ou de faire : *do ut des*, *do ut facias*.

I. — *Don modal fondatif*

Ce procédé n'est pas usuel, et pour cause : ou le bienfaiteur peut, de son vivant, se dépouiller d'une quantité importante de ses biens au profit de l'œuvre qu'il a conçue, et alors il fonde lui-même et directement ; ou il ajourne l'exécution de ses intentions libérales jusqu'après sa mort, et alors il fonde par l'intermédiaire d'un légataire. Le don entre vifs à personne préexistante, n'a dès lors aucune raison d'être comme acte fondatif ; il est à peine concevable sous cet aspect.

Il y a plus. Y eût-il quelque avantage anormal et imprévu à fonder par le procédé du don indirect, du don sub modo, la mise en pratique d'un tel mode de fonder se heurterait à des difficultés d'ordre juridique, qui en restreindraient encore l'emploi et la portée : le don modal fondatif ne serait possible en droit que si la charge contenue dans le modus n'absorbait pas totalement, au profit de l'œuvre, le bénéfice de la donation. Nous l'avons vu clairement au cours de l'exposé de nos principes directeurs, si la charge absorbe la totalité du bénéfice, si le prétendu donataire n'est l'objet de la part du donateur ni d'un *animus donandi*, ni d'un bénéfice réel, il n'y a pas donation, mais stipulation pour autrui, stipulation illicite aux termes de l'article 1119. La fondation ne pourra donc se présenter ni se maintenir sous les espèces d'un don modal que si le donataire sub modo, chargé de faire personnaliser l'œuvre, de lui rendre la

dotation, ne doit rendre, à titre de dotation, qu'une partie de la donation, et doit conserver, par devers lui, le surplus. Cette complication condamne le mode de fonder par don indirect, qui, dans ces conditions, ne retiendra guère notre attention.

Nous nous arrêterons d'autant moins à son examen que sa validité ne nous paraît pas incontestable : on peut faire observer que l'*animus donandi*, dans une semblable donation, n'existe pour ainsi dire pas à l'égard du donataire, que s'il s'y rencontre, c'est à titre subsidiaire, et parce que le fondateur a été comme contraint et forcé de le manifester pour la validité de son acte fondatif : il a donné une partie de la dotation à l'intermédiaire chargé de fonder, pour qu'on ne puisse pas prétendre que cet intermédiaire n'a été aucunement gratifié, que par conséquent il n'est pas véritablement donataire. Même dans ce cas, même en présence de ce bénéfice partiel et de cette apparente intention de libéralité envers le donataire choisi pour intermédiaire, on serait fondé à déclarer que la donation reste purement fictive : le prétendu bénéfice du donataire *sub modo*, fût-il même en apparence assez considérable, n'en est pas un à proprement parler ; il constitue en réalité la simple rémunération de la charge de personnaliser et de doter acceptée par le soi-disant donataire ; il n'y a pas en conséquence ici donation avec stipulation pour autrui (art. 1121 C. Civ.), mais bien contrat commutatif déguisé, acte à titre uniquement onéreux, stipu-

lation principale pour autrui (art. 1119 C. Civ.). Nous en revenons ainsi à l'impossibilité juridique découverte dès le début de cette analyse du don indirect fondatif, et nous voyons qu'à n'en pas douter le mode fondatif altère l'essence même de l'acte réputé à tort donation, et dans lequel on voudrait vainement l'insérer.

II. — *Legs universel à charge de fonder*

Nous avons vu plus haut que le caractère de libéralité n'était pas essentiel au legs. Un testateur peut donc transmettre toute sa fortune à un individu en le chargeant de la consacrer toute entière à la fondation ou mieux à la personnalisation d'une œuvre.

Reste à savoir comment devra s'analyser le legs universel fondatif, et comment il est possible de concilier la certitude de sa parfaite légalité avec l'esprit et la lettre de plusieurs textes prohibitifs ou impératifs comme aussi avec les exigences des principes généraux du droit.

A) *Analyse du legs universel fondatif.*

Si l'on décompose analytiquement la disposition que nous qualifions de legs universel fondatif, on se trouve en présence des deux éléments juridiques suivants : 1° la dévolution testamentaire d'un patrimoine à une personne capable ; 2° l'obligation pour cette personne de faire personnaliser une œuvre déterminée.

a) *Dévolution du patrimoine légué.*

Il y a dévolution du patrimoine à la personne qui préexiste à la fondation, c'est-à-dire que cette personne succède au testateur dans la qualité de propriétaire du patrimoine, et il y a dévolution testamentaire, en ce sens que le légataire, au lieu d'être institué successeur par la loi comme les héritiers proprement dits, est institué successeur par la volonté du de cujus lui-même.

Et nous ajoutons : ce fait que l'héritier testamentaire tient ses droits du défunt, alors que l'héritier légitime les tient de la loi, c'est la seule véritable différence qui existe entre l'un et l'autre. L'un et l'autre sont propriétaires, par suite de succession, d'un patrimoine qui, sans ce fait de succession, resterait vacant ; l'un et l'autre ne sont que propriétaires ; et il nous paraît aussi inexact pour l'un et pour l'autre de dire que non seulement ils sont successeurs aux biens, mais encore successeurs à la personne du défunt.

Cette fiction de représentation de la personne du défunt a pu exister, il est vrai, autrefois dans le droit romain, dans l'ancien droit français même. Rien ne prouve que notre loi actuelle l'ait consacrée, en ce qui concerne l'héritier légitime seulement, ou en ce qui concerne tout à la fois l'héritier légitime et l'héritier testamentaire.

Il n'est pas sans intérêt de le constater, parce que,

pour déterminer la situation du légataire, nous n'aurons désormais à nous préoccuper que de sa qualité de propriétaire à titre successoral.

En qualité de propriétaire d'un patrimoine, c'est-à-dire d'une universalité de droits, le légataire est titulaire de tous les droits actifs et passifs qui composent cette universalité. En cette qualité, il remplace le défunt, « il lui succède », mais il ne le représente pas. Ce n'est pas là seulement une simple nuance de termes. Il y a une différence profonde entre l'idée de succession et l'idée de représentation. Si la personne du légataire remplace celle du testateur, c'est que la personne du testateur disparaît ; le légataire, vis-à-vis du patrimoine légué, se trouve placé aux lieu et place du testateur, c'est-à-dire qu'il s'en approprie tous les droits et qu'il en assume toutes les charges, c'est-à-dire que le patrimoine légué n'est déjà plus qu'une fraction du patrimoine du légataire, formant un même tout avec le patrimoine qu'il avait déjà, et l'obligeant par exemple, quoique cela ait été fort contesté, envers les créanciers du défunt, comme encore les siens propres, même *ultra vires successionis*. Si au contraire le légataire représentait la personne du défunt, nous retrouverions ici la notion juridique du mandat : et de même que le mandataire proprement dit, agissant en qualité de mandataire, cesse un moment d'être lui-même pour être le mandant (qui mandat ipse fecisse videtur), de même le légataire serait représentant *post mortem* du testateur, et agirait en

qualité de mandataire du défunt. En conséquence il n'y aurait pas confusion de sa personne avec celle du défunt, ni davantage confusion de son patrimoine avec le patrimoine du défunt : en acceptant la succession comme *représentant* du défunt, le légataire ne serait pas lui-même, mais serait le défunt, n'engagerait que le patrimoine du défunt, et ne serait tenu des dettes de celui-ci qu'intrà vires successionis, puisqu'il ferait l'affaire du défunt et non la sienne propre (1).

Une seule considération pourrait faire hésiter à rejeter la théorie de la représentation : dans le patrimoine du défunt, il se trouve, ou il peut se trouver, à côté des droits réels, un ensemble de créances et de dettes, c'est-à-dire de droits et d'obligations personnels ; puisque les créances et les dettes étaient personnelles au défunt, comment pourra-t-il se faire qu'elles passent au légataire ? Nous ferons observer que la même question se pose pour l'héritier légitime, et à son égard nous ferons la même réponse qu'à l'égard du légataire : les créances et les dettes du défunt subissent, dans les deux cas, et par la force des choses, une novation. Si le défunt était créancier, la novation se fait *a parte creditoris* ; puisque le créancier meurt, à moins que sa créance ne meure avec lui, il faut bien qu'il y ait un nouveau créancier, qui sera l'héritier légitime ou testamentaire. Si le défunt

(1) Nous nous abstenons d'examiner ce qui se passe dans le cas où le légataire, au lieu d'accepter purement et simplement, accepte bénéficiairement (ce qu'il peut faire à notre avis).

était débiteur, la novation se fait de même, mais a parte debitoris. — C'est par cas de force majeure, s'il en fût jamais, que cette novation s'opère, et, s'il s'agit de dettes du défunt, elle pourrait être à regretter, dans le cas où la situation du successeur acceptant présenterait moins de solvabilité que celle du défunt lui-même. La loi s'est opposée dans ce cas à la novation forcée, et elle a créé, au profit des créanciers héréditaires, le bénéfice de la séparation des patrimoines (art. 878. C. civ.).

b) *Obligation de fonder.*

I. — Dans le legs universel fondatif, avons-nous dit, le testateur, après avoir investi le légataire de la propriété de son patrimoine, passe avec lui un second acte juridique : il stipule du légataire, lequel acceptera si bon lui semble après le décès du stipulant, une obligation de faire personnaliser et de doter.

Ce second élément du legs fundatif qu'on a qualifié de *modus*, nous prétendons qu'il s'analyse en une obligation de faire, et subsidiairement de doter, pour le légataire, non pas en un mandat. Nous affirmons de plus que cet élément quasi-contractuel ne vicie pas le legs universel dont s'agit.

Il ne s'agit pas d'un mandat, et ce pour un double motif : 1° parce que dans le droit commun de la législation civile française, on ne peut représenter un individu que si cet individu est encore vivant ; il ne peut y avoir

de mandataire que là où il y a un mandant, parce qu'il faut qu'à chaque instant de la durée du mandat, derrière le mandataire, il y ait le mandant ; 2^o parce que le mandat testamentaire, contraire au droit commun, comme nous venons de le voir, est néanmoins possible en droit positif, à la condition toutefois qu'un texte exprès l'admette. Or il est déjà bien douteux que cela ait lieu pour l'exécution testamentaire, comme nous aurons occasion de le voir, et il est bien certain que cela n'est pas pour le legs universel fondatif.

On conçoit fort bien au contraire que le legs fondatif contienne la stipulation d'une obligation de faire. Pour s'engager envers quelqu'un à faire quelque chose, il faut et il suffit que la personne envers qui l'on s'engage existe au moment du contrat ; peu importe que ce stipulant décède par la suite ; dès lors que l'engagement a été valablement pris de son vivant, l'obligation prise envers lui subsiste après sa mort et lie le promettant ; c'est là le droit commun de la législation française.

Or, l'obligation de faire dont nous nous occupons est dans toute la force du terme une obligation quasi-contractuelle, nous voulons dire une obligation assimilable quant à ses effets aux obligations contractuelles : tout s'est passé entre le testateur et le légataire, comme si un contrat s'était formé entre eux. Il est facile de s'en convaincre : la volonté stipulante du testateur, en droit, s'est prolongée jusqu'au moment précis du décès de celui-ci ; la volonté acceptante du légataire, en droit, a rétroagi

jusqu'au moment précis du décès du testateur ; bref, tout s'est passé, comme si les deux volontés avaient concouru et coïncidé au moment du décès dans un véritable contrat.

On ne manquera pas de vous objecter ceci : vous rejetez l'idée du mandat testamentaire parce qu'elle est fictive ; vous admettez l'idée d'obligation posthume, de quasi-contrat testamentaire, quoiqu'elle soit non moins fictive. La réponse est aisée : nous ne voyons, dans notre droit positif, aucun texte admettant le mandat testamentaire ; nous remarquons au contraire que cette même loi positive suppose en principe, dans la matière des successions testamentaires, l'idée de quasi-contrat, d'obligation posthume : 1^o le successeur testamentaire du défunt ne contracte l'obligation de payer ses dettes qu'en acceptant la qualité de légataire qui lui est proposée par sollicitation dans le testament ; 2^o dans le legs avec charge, il n'est de même obligé à l'exécution du *modus*, que par l'acceptation du legs ; 3^o comme exécuteur testamentaire, nul n'est tenu aux obligations de cette charge qu'après son acceptation. Et d'ailleurs, remarquons-le bien, en définitive, notre système n'est pas la consécration d'une fiction ; il y aurait fiction si nous parlions de contrat testamentaire, si nous admettions par fiction qu'il y a contrat, là où en réalité il n'y a pas eu concours des deux volontés ; mais nous parlons de quasi-contrat, c'est-à-dire d'une source d'obligations qui n'a que les apparences et quelques-uns des effets, non l'essence

d'un contrat, source d'obligations néanmoins étrangère au domaine des fictions.

II. — Une obligation est donc née, sinon du concours, du moins de l'accord des deux volontés du testateur et du légataire, obligation du légataire envers le testateur. Quels seront ses effets, son efficacité, puisque d'une part, la mort fait disparaître le stipulant, et que d'autre part, le testament relègue à l'arrière-plan les successeurs légitimes ? Quelles garanties d'exécution va posséder cette obligation, si le légataire ne trouve plus personne qui puisse le contraindre à exécuter ses engagements ?

Tout dépendra ici de la volonté du testateur ; il y aura ou il n'y aura pas de garantie, suivant que le testateur aura pris soin, négligé, ou volontairement omis d'en mettre une.

Le fondateur pourra tout d'abord dans son testament prier le légataire de réaliser l'œuvre, et ne pas l'y obliger. De ces termes purement précatifs, résultera pour le légataire une dette d'honneur tout au plus, et pas même une obligation naturelle.

Le fondateur au contraire, et ce sera le cas le plus fréquent, usera de termes impératifs. Il y aura non seulement obligation naturelle, mais, comme nous l'avons vu plus haut, obligation absolument civile. Et il y aura à cette obligation civile une sanction dont l'existence ne nous paraît pas douteuse : en cas d'inexécution fautive, les héritiers auront qualité pour actionner le légataire. Et la base de cette action révocatoire, à notre

avis, ce n'est pas l'intérêt moral du testateur, que représenteraient et qu'auraient à défendre les héritiers en vertu de la théorie de la représentation critiquée ci-dessus ; c'est l'intérêt propre des héritiers eux-mêmes ; comme ils sont héritiers en vertu de la loi, si, pour une raison quelconque, l'héritier institué est écarté, ce sont eux qui recueillent le patrimoine ; leur intérêt est donc palpable, et il peut servir de base à une action. D'une façon générale, les tiers, nous le reconnaissons sans peine, ne peuvent réclamer la résolution d'un contrat ou la révocation d'une disposition puisqu'ils y sont restés étrangers. Mais cela n'est vrai que d'une façon générale et non absolue : cela n'est vrai que si le contrat passé ou la disposition prise ne lèse pas leurs droits acquis. Le fondement de l'action paulienne n'est pas autre (art. 1167. C. civ.). Dans notre hypothèse, les tiers, ce sont les héritiers de la loi : la volonté de fonder les a écartés ; si cette volonté de fonder ne se réalise pas, leur droit, non plus éventuel, mais acquis, à la succession, leur est usurpé par le légataire fondatif ; *ils rentrent dans leurs droits*, s'ils lui font restituer en justice une qualité qu'il détient indûment et la propriété d'un patrimoine qu'il ne saurait à bon droit retenir.

D'ailleurs, si cette action révocatoire des héritiers paraît au fondateur d'une valeur juridique douteuse, il ne tient qu'à lui de garantir plus sûrement, au moyen de clauses expresses, l'avenir de l'œuvre qu'il projette.

Le testateur peut en effet déclarer que si le légataire

n'exécute pas l'obligation qu'il a contractée de faire personnaliser, ses héritiers pourront, à l'expiration d'un certain délai, après une mise en demeure, actionner le légataire en révocation, et faire personnaliser eux-mêmes.

Il est vrai qu'à leur tour ils s'abstiendront peut-être d'exécuter la charge, et nul n'aura d'action contre eux, mais le testateur n'a pas à se faire illusion sur ce point; la fondation par legs fondatif est forcément sujette à des risques qu'il aurait évités s'il avait fondé de son vivant; l'exécution d'un quasi-contrat testamentaire, par la force des choses, est moins certaine que celle d'un contrat, puisque le stipulant n'est plus là pour faire sortir effet à sa stipulation.

Le testateur peut encore stipuler que si le légataire n'arrive pas à obtenir du gouvernement la personnalisation de l'œuvre, son patrimoine sera réversible sur la tête de ses héritiers. Il aura ainsi muni la charge impérative en question d'une certaine sanction : car le légataire n'ayant aucun intérêt à ce que l'œuvre ne réussisse pas, puisqu'en ce cas il ne sera pas propriétaire, fera de son mieux pour obtenir la personnalisation (1). Cette clause de sanction ne constituera pas d'ailleurs une substitution avec ordre successif au profit du légataire d'abord, des héritiers ensuite, mais une double institution au profit du légataire ou des héritiers; car la

(1) Une telle clause n'aurait pas été sans utilité par exemple dans l'espèce soumise à la Cour de cassation et jugée par elle le 8 avril 1874 (*Journal du Palais*, 1874, 654).

réversibilité sur la tête des héritiers, étant conditionnelle, sera rétroactive ; la propriété sera censée ne s'être jamais fixée sur le légataire, mais être passée immédiatement du testateur aux héritiers. L'article 898 du Code civil autorise d'ailleurs expressément les dispositions de ce genre, appelées à Rome substitutions vulgaires.

Si au contraire le testateur a une confiance entière dans son légataire, et des griefs contre ses héritiers, il pourra rester entendu que, si les pouvoirs publics ne concèdent pas à l'œuvre la personnalisation, le légataire restera propriétaire du patrimoine, bien qu'il n'ait pas exécuté l'obligation.

La clause de réversibilité peut modaliser autrement encore le legs universel qui nous occupe ; c'est ce qui a lieu dans le cas où le testateur inscrit une telle clause dans son testament au profit, non pas des héritiers, mais d'une tierce personne ou de bonnes œuvres ; il peut prescrire en effet, qu'au cas où le légataire universel ne pourrait obtenir la personnalisation de la fondation projetée, le patrimoine légué sera dévolu soit à une fondation déjà personnalisée, soit à un établissement public ou d'utilité publique, ou encore qu'il sera employé en bonnes œuvres. Mais en disposant ainsi conditionnellement de sa fortune, le testateur devra se tenir sur ses gardes et prendre bien soin de ne pas faire échec aux articles 906 et 911 du Code Civil, c'est-à-dire de ne pas gratifier un incapable en chargeant le légataire d'un mandat d'interposition.

c) *Connexité de la dévolution du patrimoine et de l'obligation de fonder*

Il y a connexité entre les deux éléments du legs fondatif, et en le déclarant, nous entendons dire par là que la dévolution du patrimoine, et l'obligation de fonder, ne peuvent être considérés comme deux legs distincts contenus dans un même testament, mais constituent bien un seul et même tout, un seul et même acte juridique, qui est le legs fondatif. Et cette connexité provient de ce que l'un des éléments, l'élément fondatif, est la cause de l'autre, l'élément dévolutif.

Nous allons justifier cette assertion, contestable à première vue, et nous croyons pouvoir le faire de la manière suivante : pour trouver la cause juridique d'un acte, il faut rechercher, n'est-il pas vrai, quelle a été l'intention de celui qui l'a fait ; il faut faire une étude subjective, et c'est cette recherche subjective que nous devons faire à propos du legs fondatif.

Le disposant avait l'intention de fonder. — Pour fonder, il eût pu dire à son légataire, sans rien lui attribuer : Je stipule de toi, c'est-à-dire, je te demande de prendre l'engagement de faire personnaliser telle œuvre, que je n'ai pu moi-même fonder de mon vivant. Mais il s'est abstenu de procéder ainsi, sans rien attribuer au légataire ; il a pu s'en abstenir d'abord parce qu'il sentait qu'une telle manière de faire, conciliable peut-être avec

les principes, l'était peu avec les textes de notre droit positif, qui n'admettent en somme que deux classes de dispositions à cause de mort : l'exécution testamentaire, non attributive de propriété, et les legs, *par essence* attributifs de propriété. Il s'est abstenu surtout parce que le procédé en question, de valeur douteuse au point de vue du droit positif, était, au point de vue pratique, parfaitement utopique : il s'est rendu compte sans peine que s'il est des légataires qui acceptent de faire personnaliser quand le testateur, en augmentant leur patrimoine, leur fournit les moyens voulus, il en serait fort peu qui consentiraient ou pourraient consentir à faire personnaliser sans être au moins pour ainsi dire « commandités » par le prétendu fondateur.

Bref, l'auteur de l'acte fondatif s'est senti dans la nécessité, peut-être légale, en tous cas pratique, de transmettre son patrimoine, ou, comme nous le verrons par la suite, partie de son patrimoine, à celui qu'il chargeait de faire personnaliser l'œuvre. La *cause* de la transmission du patrimoine faite par lui a donc été la stipulation de fonder qu'il a insérée dans son testament ; s'il a transmis son patrimoine au légataire, c'est *parce qu'il* voulait obtenir de lui l'engagement de fonder.

Nous pouvons d'ailleurs aisément nous rendre compte de la parfaite concordance avec les principes de cette dernière analyse sur la cause du legs fondatif : tous les actes juridiques, les actes unipersonnels comme les contrats, les legs comme les donations, ne peuvent pas ne

pas avoir une cause ; eh bien, de même que dans le legs normal, la cause, c'est l'intention de gratifier le légataire, de même, dans le legs fondatif, la cause ne résidant plus dans l'intention de gratifier le légataire, se trouve dans l'intention de fonder. Cela n'est-il pas manifeste ?

Grâce à l'examen et à la pénétration de plus en plus intimes des mécanismes du legs fondatif, nous arrivons ainsi à préciser de façon absolue les caractères de la charge fondative incombant au légataire. Après avoir déterminé d'abord, pour ainsi parler, le genre auquel appartient cette charge, en la rangeant parmi les obligations quasi-contractuelles, nous parvenons à en déterminer maintenant l'espèce, et nous pouvons situer la charge fondative dans la classe des charges modales, c'est-à-dire des charges prenant leur source dans une clause particulière (*pactum adjectum*) modificative d'un acte général et principal.

Notre hypothèse donne lieu en effet à l'emploi du procédé suivant : le fondateur, pour que l'œuvre soit créée après sa mort, recourt au legs ; c'est l'acte général, qui a pour essence, dans notre droit positif, outre la capacité du légataire, la transmission d'un droit à cause de mort. A cet acte général, il fait une addition, il ajoute une clause, une stipulation, la stipulation que le légataire fera personnaliser l'œuvre par lui conçue ; c'est le pacte adjectice, *pactum adjectum*, le mode.

De ce que la charge de fonder était un mode, on en

a conclu bien à tort, selon nous, que le legs fondatif était critiquable ; dans un acte, a-t-il été dit à peu près, un élément accidentel ne peut altérer un élément essentiel ; or le mode fondatif est une condition, partant un élément purement accidentel, qui, s'il était admis, altérerait l'essence du legs ; donc, il est inadmissible. — Ce raisonnement, qu'on le réduise à cette forme syllogistique, ou qu'on le développe autrement, n'a que les apparences de la logique. — Certes, il est bien exact, pour quiconque admet la division classique des éléments d'un acte, qu'un élément accidentel ne peut altérer un élément essentiel. Il est exact, d'autre part, que la clause fondative est un élément accidentel du legs ; ce n'est pas un élément essentiel, cela va de soi ; ce n'est pas un élément naturel, puisque l'élément naturel d'un acte, c'est celui qui s'y trouve naturellement, mais qu'on peut en rejeter par une clause expresse ; ce ne peut être qu'un élément accidentel, c'est-à-dire un élément qui ne se trouve pas naturellement dans le legs, mais qui peut y être inclus par une clause expresse (1). Ces réserves une fois faites, nous croyons pouvoir déclarer inexacte la proposition consistant à dire que la clause fondative altère, *modifie* l'essence du legs, et excessive la tendance qu'ont certains auteurs à mettre en relief et au premier

(1) Notons-le bien, nous disons de la clause fondative qu'elle est un élément accidentel du legs en général, nous ne disons pas « du legs fondatif » ; il va de soi, que par rapport au legs fondatif, la clause fondative est un élément essentiel, l'un des deux éléments essentiels de cet acte.

plan, dans la clause fondative, son caractère conditionnel. — Et d'abord, la clause fondative n'altère pas, ne modifie pas l'essence du legs. Ce n'est pas de ce que nous avons dit que la clause fondative était un mode, qu'on peut inférer que la clause fondative modifie le legs, l'essence du legs. L'emploi de ce terme de mode est trompeur à cet égard. Un mode modifie sans doute l'aspect d'un acte, le contenu d'un acte, en l'augmentant par l'introduction d'un élément accidentel, ou en le réduisant par la suppression d'un élément naturel ; mais il n'en résulte pas qu'il modifie l'essence de l'acte. Ici, par exemple, quel est l'élément essentiel du legs ? la dévolution testamentaire d'un droit. Or, l'introduction de la clause fondative n'amène pas l'altération de cet élément ; elle ne porte pas atteinte à l'attribution de droits faite au légataire, à sa vocation au moins éventuelle à l'universalité des biens, s'il est légataire universel ; elle porte atteinte à son bénéfice, c'est-à-dire qu'elle altère ainsi, tout au plus, un élément naturel du legs. — En second lieu, il est excessif de présenter la clause fondative comme un mode surtout conditionnel. Certes, la clause fondative est une condition, si l'on veut bien admettre avec MM. Aubry et Rau, t. iv, § 302. p. 60, qu'une « condition, dans l'acception spéciale et propre de ce mot, est une déclaration de volonté ou une disposition de la loi, qui fait dépendre d'un événement futur et incertain l'existence d'un rapport juridique ». La clause fondative, déclaration de la volonté du testa-

teur, fait dépendre la transmission de son patrimoine au légataire, c'est-à-dire l'existence d'un rapport juridique entre lui et le légataire, d'un événement futur et incertain, la personnalisation de l'œuvre. — Mais, dire de la clause fondative, qu'à cet égard elle est conditionnelle, qu'elle contient une condition résolutoire, c'est envisager cette clause sous un seul aspect au point de vue des effets qu'elle a non pas sur le testament lui-même, mais sur l'exécution de ce testament. Ce qu'il faut voir aussi, ce qu'il faut voir surtout, c'est que la clause fondative a des effets, non pas seulement sur l'exécution du testament, mais sur le contenu même du testament ; ce qu'il faut voir, c'est qu'elle ne subordonne pas simplement l'effet de cet acte juridique à un événement futur et incertain, mais qu'elle cause et conditionne la formation de cet acte juridique ; qu'en un mot, elle n'est pas un mode purement conditionnel, mais bien un mode causal, impulsif et déterminant. — Et vainement nous dirait-on que l'élément accidentel d'un acte ne peut pas plus être la cause de cet acte, qu'il n'en peut modifier l'essence. Cette objection, qui, si nous ne nous trompons, a été faite, ne repose sur rien. Pourquoi l'intention contenue dans le mode fondatif ne pourrait-elle pas aussi bien être la cause du legs que l'intention de gratifier le légataire ? Pourquoi telle intention ne pourrait-elle être la cause d'un acte, alors que telle autre intention est douée de cette efficacité ?

De ce que le mode fondatif est non pas seulement

conditionnel, mais aussi causal, en résulte-t-il que si ce mode est impossible, illicite ou immoral, le legs tout entier doit être déclaré inexistant ? (1) Nous n'hésitons pas à admettre l'affirmative, et ce, par application même de l'article 900 du Code civil. Et en effet, cet article décide : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. » Donc, aux yeux de la loi, les conditions impossibles, illicites ou immorales, contenues dans un testament ou une donation, n'existent pas. La loi ne dit pas seulement que leur exécution est interdite, qu'elles sont inopérantes ; elle les déclare inexistantes. Ainsi, si nous supposons un legs contenant une condition qui ne soit pas un mode causal, et qui présente l'un des caractères d'impossibilité, d'illégalité ou d'immoralité, aux termes de l'article 900, le legs sera pur et simple, et sortira effet comme tel. Mais, si nous supposons un legs avec mode causal et conditionnel (impossible, illicite ou immoral), que devons-nous décider ? Aux termes de l'article 900, nous devons encore décider que le mode causal et conditionnel n'a jamais existé, qu'il n'a pas pas été écrit ; conséquence : le legs n'ayant jamais eu de cause, n'a jamais existé. Tout le legs disparaît, au lieu de subsister partiellement, purement et simplement, comme dans notre première hypothèse. C'est là une conséquence de la connexité des deux éléments du legs, con-

(1) Voir notamment sur ce point BARTIN. *Théorie des conditions impossibles, illicites...*

séquence heureuse en ce qu'elle permet, autant que faire se peut, la conciliation de l'article 900 du Code civil avec l'article 1131 du même Code, lequel porte : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. » Et il ne faudrait pas dire que la cause fondative disparaissant, la cause normale du legs (intention de gratifier le légataire) lui est substituée; ce serait ajouter à l'article 900, c'est-à-dire à une dérogation au droit commun aussi remarquable que regrettable.

*d) La Fondation par rapport au fondateur
et au légataire fondatif,*

Entre la fondation et le fondateur d'une part, entre la fondation et le légataire fondatif d'autre part, y a-t-il un rapport juridique, un lien de droit ? Evidemment non, et pour cette raison décisive que, depuis le décès du testateur jusqu'au moment de la personnalisation de l'œuvre, c'est-à-dire depuis le moment où l'acte fondatif se forme jusqu'au moment où il reçoit son plein et entier effet, la fondation, être futur, n'existe pas.

Il se passe ici ce qui se passerait dans l'hypothèse où une stipulation pour autrui, de la nature de celles que prévoit l'article 1121 du Code civil, n'aurait pas encore été acceptée par le bénéficiaire.

Mais l'existence du bénéficiaire, à notre avis du

moins, pas plus que son acceptation, n'est nécessaire à la perfection de l'acte portant stipulation pour autrui.

B) *Légalité du legs universel fondatif.*

Au cours de notre analyse du legs universel fondatif, nous avons eu à réfuter diverses objections tirées surtout de l'essence ou de la nature des legs. Nous devons actuellement en examiner d'autres d'ordre plus général basées sur différents textes et différents principes dont l'interprétation est susceptible de sens opposés.

I. — Les textes sur l'exécution testamentaire fournissent un argument qui peut être dirigé contre le legs universel fondatif. On peut faire observer que ce legs est nul et inopérant, pour ce motif que le légataire fondatif joue en définitive le rôle d'exécuteur testamentaire, et se laisse investir d'une mission d'ailleurs sans limite et sans contrôle qui n'a été conférée par la loi aux véritables exécuteurs testamentaires que dans la mesure de pouvoirs parcimonieusement attribués et rigoureusement réglementés (art. 1025 à 1034. C. civ.).

Cette assimilation du legs universel fondatif à l'exécution testamentaire, et cette prétention qu'un pareil legs est en somme une exécution testamentaire extralégale, déguisée sous la forme d'un legs ordinaire, se conçoivent ; il existe en effet entre l'une et l'autre institutions testamentaires un point commun : l'institué,

dans l'une ou l'autre disposition, est soumis à une obligation (1), à une charge personnelle.

Mais nous nous hâtons d'ajouter que c'est là l'unique ressemblance entre deux actes juridiques à tous les autres points de vue fort différents : 1° l'obligation de l'exécuteur testamentaire est une charge de faire multiple, mais limitée en somme à la délivrance des legs contenus au testament, et dont l'exécuteur devra au besoin soutenir la validité en justice ; l'obligation du légataire fondatif est une charge de faire unique et d'étendue considérable, consistant non pas seulement dans la remise d'une dotation, mais surtout dans la personnalisation d'une œuvre. 2° L'exécuteur testamentaire n'est point le sujet d'une dévolution de la propriété des biens du testateur ; le légataire fondatif est au contraire institué propriétaire et reste effectivement attributaire des biens qui composent le patrimoine du fondateur. 3° L'exécuteur testamentaire n'étant pas propriétaire, n'est nullement soumis aux dettes successorales, et les frais de sa fonction restent à la charge du patrimoine du de cujus, alors qu'au contraire le légataire universel fondatif est tenu *ultrà vires*. 4° L'exé-

(1) Nous ne disons pas : est investi d'un mandat ; suivant nous, il n'y a pas plus mandat dans l'exécution testamentaire que dans le legs universel fondatif : les textes sur l'exécution testamentaire ne parlent point de mandat, et il faudrait que la qualification formelle de mandat fût donnée par la loi à l'exécution testamentaire, contrairement aux règles générales sur le mandat de droit positif, pour qu'on puisse décider autrement.

cuteur testamentaire peut dans tous les cas être investi de la saisine : le légataire universel ne saurait l'être que s'il n'existe pas, au décès du testateur, des héritiers réservataires.

Aussi bien l'application des textes sur l'exécution testamentaire doit-elle être faite avec la plus grande circonspection : ces textes portent atteinte à ce que nous croyons, quant à nous, être le droit commun, c'est-à-dire la liberté de tester ; ils ne permettent pas au testateur de donner tels ou tels pouvoirs, de telle et telle façon, pendant tel ou tel temps aux exécuteurs de son testament ; ils restreignent sur ces points sa liberté dans l'intérêt des seuls héritiers, bien vraisemblablement, mais non point contre l'intérêt des légataires ; et les restrictions proviennent uniquement du désir de ménager les susceptibilités des héritiers du sang qui peuvent être privés de la saisine par l'exécuteur ; tel est l'intérêt, purement moral, des héritiers, que la loi a voulu sauvegarder, dût-elle porter atteinte au droit commun. Or cet intérêt n'est pas en danger dans notre hypothèse du legs universel fondatif, puisque la saisine n'appartiendra au légataire qui nous occupe que dans les cas où elle appartiendra au légataire universel ordinaire.

II. — Le legs universel fondatif, supposant l'existence successive de trois êtres juridiques, et donnant lieu en apparence à la transmission graduelle de l'hérédité,

pourrait être critiqué comme constituant une violation de l'article 896 du Code civil, lequel prohibe en principe les doubles institutions dites « substitutions fidéicommissaires ». Il ne mérite pas ce nouveau reproche. Entre la substitution prohibée et le legs universel fondatif, de même qu'entre le même legs et l'exécution testamentaire, il y a des différences, non pas simplement externes et apparentes, mais absolument intrinsèques et essentielles.

Pour nous convaincre du bien fondé de cette assertion, il suffit de se bien représenter les éléments constitutifs de la substitution prohibée. C'est, a-t-il été dit, « la clause par laquelle un donateur ou testateur impose à celui qu'il gratifie la charge de conserver la chose donnée jusqu'à son décès, pour la transmettre alors à une ou plusieurs personnes que le disposant gratifie ainsi en second ordre. »

De cette définition que nous croyons parfaitement conforme à la loi, il résulte que les traits caractéristiques de la substitution prohibée sont les suivants : 1° obligation pour le grevé de conserver la chose donnée et de la conserver jusqu'à sa mort ; 2° obligation pour le même grevé de la rendre à une personne désignée.

Tout d'abord, il est évident qu'aucune analogie ne rapproche de la substitution illicite le legs universel à charge de fondation, dans lequel le testateur confie au légataire universel une mission facultative.

Si, par hypothèse, le testament est au contraire

conçu en termes impératifs, on rencontre bien dans le legs universel fondatif, comme dans la substitution illicite, la charge de *transmettre* la propriété d'une pluralité de biens ou même d'un seul bien, puisque le légataire est obligé, non seulement de faire personnaliser, mais aussi de doter l'œuvre. C'est là le seul point commun, car non seulement dans le legs universel fondatif, il n'y a pas pour le légataire obligation de conserver jusqu'à sa mort, mais même il n'y a pas obligation de conserver, ni à plus forte raison de *remettre*. Le légataire universel fondatif, suivant nous, est investi d'une pleine propriété successorale, ne comportant aucune restriction, hormis la charge de fondation. Cette charge de fondation contient, il est vrai, une charge de dotation ; mais ce qui doit être affecté à la dotation de l'œuvre, ce ne sont pas les différents objets, meubles ou immeubles, composant le patrimoine légué, et pris chacun in specie ; c'est la valeur en argent du patrimoine ou de partie du patrimoine, indiquée par le fondateur dans son testament, et jugée par lui suffisante pour constituer l'ensemble de forces économiques qui devront alimenter la fondation. Les différents éléments, spécialement les différents droits réels du patrimoine, le légataire universel pourra donc, s'il le juge à propos, les convertir par exemple en rentes perpétuelles. Et comment pourrait-il en être autrement, puisque le légataire universel est le successeur du défunt, et qu'il lui suc-

cède, qu'il le remplace, comme administrateur *et comme propriétaire ?*

Le legs universel fondatif n'est donc pas plus une substitution illicite détournée qu'une exécution testamentaire déguisée. Nous reconnaissons aisément qu'en fait le légataire, après avoir obtenu la personnalisation, *remettra* souvent en nature à la fondation les biens ou partie des biens qu'il a reçus. Mais le testateur ne l'avait pas soumis à cette charge réelle ; le légataire avait faculté de rendre ou de ne pas rendre ; il était engagé seulement à doter, même avec ses deniers personnels ; l'obligation *juridique* de rendre n'existait donc pas. Entre la faculté et l'obligation de rendre, il y a autre chose qu'une pure nuance ; il y a une différence juridique considérable. En un mot la substitution contient une charge réelle de remettre certains biens, la fondation renferme au contraire une charge personnelle de doter, c'est-à-dire de transmettre un capital de valeur déterminée mais de nature et d'origine quelconques.

Il est d'autre part facile de remarquer à première vue que le legs universel fondatif, quel qu'il soit, n'offre aucun des inconvénients juridiques ou économiques reprochables aux substitutions, et qui les a fait prohiber par notre droit civil.

La substitution prohibée crée un ordre successif spécial et bouleverse l'ordre successif légal ; elle occasionne le dépérissement des biens dont elle règle la

transmission, parce que le grevé est trop fréquemment tenté de négliger leur administration ou d'en jouir abusivement ; elle rend coutumières les fraudes envers les créanciers du grevé qui se procure un crédit imaginaire avec des biens dont il n'est pas en réalité pleinement propriétaire ; dans une même famille elle avantage souvent sans motifs un enfant au détriment des autres ; elle est une source de procès soulevés tantôt par les héritiers dépouillés, tantôt par les appelés dont les biens futurs se déprécient entre les mains d'un grevé négligeant ou malveillant. Ce sont là tous inconvénients qui ne peuvent se présenter dans l'hypothèse du legs universel fondatif.

On doit dire, il est vrai, de la fondation comme de la substitution, qu'elle immobilise, hors du commerce, une masse généralement assez considérable de capitaux. Mais il faut ajouter que le jour où le législateur juge à propos d'organiser l'existence de personnes civiles, il ne peut que se résigner à l'apparition d'une main-morte et il doit d'autant plus facilement en prendre son parti que par différents procédés législatifs il est à même de limiter le développement excessif de cette main-morte.

Si le légataire fondatif est une personne civile, il peut moins encore être question de l'article 896 du Code civil ; comme le discerne très judicieusement M. Geouffre de Lapradelle (p. 320 et s.), l'article 896 règle une situation successorale ; or, il ne saurait être question d'ordre successif, ou mieux d'ordre successoral, entre personnes

civiles. Les personnes civiles n'ont pas le droit de succession ab intestat, parce qu'elles n'ont pas le droit de tester, et que le premier suppose nécessairement le second, dont il est le prolongement.

III. — Dans la discussion relative à la légalité du legs fondatif, on serait mieux fondé à mettre en cause l'article 906 du Code civil. Cet article dispose : « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. » On pourrait faire intervenir aussi au débat l'article 911 du même Code conçu dans les termes suivants : « Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. Seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable. »

Comme le dit fort sagement M. Labbé, (Note. *Journal du Paris*, 1892, 4, 17, sous Haute Cour de cassation de Roumanie, 2 mars 1892), l'article 906, et nous ajouterons l'article 911 ne sont visiblement écrits que pour les personnes physiques. C'est par « argument d'analogie », par « interprétation judiciaire », et non par décision législative, qu'une assimilation a été faite,

dans l'hypothèse que prévoit l'article 906, entre le régime applicable aux personnes civiles, et le régime applicable aux personnes physiques.

Nous n'hésitons pas toutefois à reconnaître que cette assimilation est justifiable, sinon nécessaire. Et voici pourquoi :

L'article 906 exige la naissance, ou tout au moins la conception du donataire au moment de la donation, du légataire au moment du décès du testateur, parce que les principes le veulent ainsi. Or, ce que les principes exigent ici pour les personnes physiques, ils l'exigent aussi pour les personnes morales. La nature des unes et des autres est fort différente, mais les conditions qui constituent notre hypothèse sont les mêmes pour les unes et pour les autres ; placées dans la même hypothèse, l'une et l'autre catégorie de personnes doivent obéir aux principes qui régissent l'hypothèse visée, si ces principes sont vraiment impératifs.

Sur ce point, nous sommes d'accord avec la généralité des interprètes du Code civil. Mais ce que nous hésitons à admettre, c'est que les principes communément indiqués comme étant la base de l'article 906 soient véritablement ceux qu'on invoque.

On nous dit, ou l'on semble nous dire couramment que l'article 906 pose la règle de la contemporanéité du donateur et du donataire parce que : 1^o il est impossible de gratifier une personne future ; 2^o il est impossible que, par suite de la transmission directe de personne

présente à personne future, la propriété transmise reste en suspens.

Nous reconnaissons que le deuxième principe est juste et que c'est lui qui sert de base à l'article 906.

Quant au premier principe, nous en contestons formellement l'exactitude, et nous doutons par suite qu'il soit la base de l'article 906.

Tout d'abord, il nous paraît, comme à beaucoup d'auteurs, et sauf controverse, tout à fait possible et licite de disposer entre vifs *directement* au profit de personnes futures, et la donation sera valable, si le donataire futur est capable au moment où doit avoir lieu son acceptation.

Ensuite et surtout, une hypothèse se présente dans laquelle la gratification d'une personne future est incontestablement possible; c'est celle de la substitution prévue et autorisée par l'article 1048 du Code civil: dans cette hypothèse, nous voyons le Code civil admettre expressément les dispositions au profit d'enfants *à naître* (1).

La conclusion que nous sommes en droit de tirer de ces deux exemples topiques est que la gratification d'une personne future est possible dès lors que la pro-

(1) Et, notons-le bien, si l'article 1048 est théoriquement critiquable, ce n'est pas parce qu'il autorise la gratification d'une personne future; c'est, comme nous le verrons plus loin (p. 74), parce qu'il enlève au grevé une partie essentielle de son droit de propriété, le jus abutendi, pour en rendre titulaires des personnes futures, les petits enfants à naître.

priété transmise ne reste pas un seul instant de raison en suspens ; et plus spécialement, en ce qui concerne les legs, la gratification de personne future est opérante, pourvu qu'elle ne soit pas directe, mais oblique.

Nous le demandons d'ailleurs, dès lors que la condition primordiale ci-dessus énoncée est remplie, dès lors que la propriété transmise ne reste pas un seul instant sans titulaire, pourquoi une personne future ne pourrait-elle pas être gratifiée ?

Nous ne disons pas, ce qui serait différent : pourquoi l'être futur, c'est-à-dire le néant, ne pourrait-il être titulaire de droits ? Nous ne posons pas cette question un peu naïve à laquelle il est trop facile de répondre en ces termes : le néant ne peut être titulaire de droits, parce que, pour être sujet d'un droit, il faut commencer par être juridiquement.

Et c'est précisément parce que le néant ne peut être titulaire de droits, qu'il est impossible et inconcevable qu'un droit de propriété reste en suspens. Il faut qu'à toute époque, tout droit de propriété ait un titulaire existant.

Bref, l'article 906 a une base, et n'en a qu'une, il est fondé sur ce principe primordial qu'on ne saurait tolérer la mise en suspens d'un droit de propriété quelconque.

Mais, ce qu'il faut ajouter, c'est que l'article 906, s'il convient, comme nous le croyons, d'en étendre l'appli-

cation aux personnes civiles, sert en même temps de consécration et de point d'appui à une règle administrative aujourd'hui en honneur dans notre droit public : le droit public moderne exige que les avantages assurés aux personnes civiles reconnues par l'autorité publique, prérogatives de la personnalité qui leur a été conférée par cette autorité publique, ne puissent être faits aux groupements ou aux œuvres vivant seulement d'une existence dite de fait à seules fins de se soustraire, soit au contrôle des pouvoirs, soit au risque de voir rejeter leur demande de personnalisation. Le droit public moderne exige en conséquence que les personnes morales non reconnues ne puissent être gratifiées, c'est-à-dire soient juridiquement incapables.

L'article 911, comme l'article 906, ne nous paraît pas avoir été écrit pour les personnes civiles ; nous croyons d'autre part qu'il est bien plutôt un corollaire de l'article 909 que de l'article 906. Nous lui donnerons néanmoins la même interprétation extensive qu'à l'article 906 ; nous le déclarerons applicable, lui aussi, tout autant aux personnes civiles qu'aux personnes physiques, et nous l'étudierons, comme s'il jouait, vis-à-vis de l'article 906, un rôle explétif, qui consisterait à interdire la réalisation par voie indirecte des combinaisons juridiques que l'article 906 prohibe quand elles sont faites directement.

L'article 911 prohibe les dispositions indirectement

faites aux personnes incapables soit par interposition de personnes, soit sous la forme d'un contrat onéreux.

Mais, de même qu'il est impossible d'admettre que l'article 906 annule *toute* disposition au profit de personnes futures, de même on ne peut admettre que l'article 911 annule indistinctement *toute* interposition au profit de personnes futures.

Il y a des interpositions au profit de personnes futures qui sont licites, et ce sont celles qui permettent la gratification indirecte de personnes futures conforme tout à la fois au principe que la propriété ne doit jamais rester en suspens, et à la règle administrative de la reconnaissance gouvernementale.

Le legs universel fondatif donne lieu précisément à une interposition licite; à cet égard, sa légalité ne nous paraît pas pouvoir faire de doute : 1^o parce que le légataire fondatif étant investi de la propriété du patrimoine légué, ce patrimoine ne reste pas un instant vacant, le droit de propriété dont il fait l'objet ne reste pas un instant en suspens; 2^o parce qu'en fondant par le procédé qui nous occupe, le testateur ne cherche pas à éluder la règle de l'autorisation gouvernementale des personnes civiles; le fondateur, dans la présente hypothèse, recourt à la forme testamentaire pour créer son œuvre, parce qu'il ne veut pas, comme il en a le droit d'ailleurs, se priver de son vivant d'un gros capital, préférant, ce qui est encore son droit, le transmettre à sa mort à une œuvre de bienfaisance plutôt qu'à des héri-

tiers qui lui paraissent peu intéressants ; et, en employant la forme testamentaire, il a recours à l'interposition de personnes, parce que, juridiquement, l'institution directe de sa fondation, être futur, est impossible, et non pas parce que ce procédé de l'interposition lui permet de soustraire son œuvre à l'autorisation gouvernementale. Il ne fuit ni l'autorisation gouvernementale ni même le contrôle de l'État. Il y a plus, il désire cette autorisation et ce contrôle, puisque par hypothèse, il charge expressément le légataire de demander à l'État la personnalisation (1).

Nous résumerons d'un mot notre commentaire des articles 906 et 911 : la transmission directe d'un droit à personne future est impossible ; la gratification indirecte d'une personne future, non contraire à la règle de la reconnaissance légale, est possible.

IV. — Au legs universel fondatif, il serait également

(1) M. Laurent (t. XI, n. 193 et s.) déclare en ce sens : « Autre chose est de créer un établissement en faisant la libéralité à une personne capable, autre chose est de gratifier un établissement qui n'existe pas... Dans le premier cas, la libéralité ne s'adresse pas au néant et elle a une cause légitime, la création d'un établissement que la loi permet de reconnaître ; dans le second cas, la libéralité s'adresse à un non être ; par elle-même, elle manque de cause licite, et le plus souvent, elle favoriserait la fraude à la loi... Quand on fait une fondation, on n'entend certes pas donner à un établissement non reconnu puisqu'il s'agit de le créer. » Secus, BUFNOIR (Aff. Kalindéro, journal *La loi*, 29 novembre 1889). M. WAHL, note sous Caen, 9 juillet 1894 (Sirey et *J. du Palais*, 1896, 2, 281). LABBÉ, note sous Haute-Cour de cassation de Roumanie, 2 mars 1892 (précitée). — DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 590. — TISSIER, t. I, n. 78. — BAUDRY. LACANTINERIE et COLIN (t. I, n. 349). BEUDANT (Aff. Kalindéro, Dalloz, 1893, 2, 4).

mal à propos de faire l'objection suivante, d'ordre plus théorique ; il serait mal à propos de dire de lui, pour le condamner péremptoirement, qu'il renferme en somme une institution faite sous la condition *si nascatur*.

Cela n'est pas. L'institution conditionnelle faite sous la condition *si nascatur*, « si la personne future instituée vient à naître, » est toute autre ; elle consiste dans l'institution *directe* d'une œuvre à naître, institution par legs universel ou legs particulier, sous la condition suspensive de la naissance de l'œuvre ; la réalisation de cette condition en fera remonter l'effet au jour du décès. Elle est juridiquement impossible, car la vie du légataire, étant un élément essentiel du legs, cet élément essentiel ne peut être mis en condition. Ce qui revient à dire qu'on ne peut léguer *directement* à personne future.

Mais, corrélativement, et comme nous l'avons vu précédemment, on ne pourrait dire qu'il est impossible de donner *entre-vifs* directement à personne future sous la condition *si nascatur*. La situation n'est pas identique à la précédente, en ce sens qu'il y a donation. et non plus legs ; elle n'est pas identique davantage, et même devient toute différente, en ce sens que la condition *si nascatur* adjointe à la donation devra se réaliser, non plus après la consommation de l'acte, mais nécessairement avant ; le legs devient acte parfait dès le décès du testateur, et la *conditio si nascatur* ne doit avoir effet qu'après ce décès ; la donation ne devient acte parfait qu'après l'acceptation du donataire (art. 932.

C. civ); or, ici, la condition si nascatur doit se réaliser par cette acceptation même, puisque, pour accepter la donation, il faut, à coup sûr, que le futur donataire soit né; la condition si nascatur est donc parfaitement possible en tant qu'adjectio d'un don entre-vifs.

Dans l'hypothèse du legs universel fondatif, il y a mieux encore: la condition si nascatur, à proprement parler, ne s'y rencontre pas; le legs fait au légataire universel fondatif est parfait par lui-même dès le décès du testateur. Il n'y a pas legs direct à personne future; il n'y a pas non plus legs indirect à personne future. Cette personne future n'est nullement instituée, et pour que le legs fondatif devienne parfait, le jeu de la condition si nascatur n'est pas utile. Le legs fondatif contient une stipulation pour autrui; cette stipulation pour autrui se forme valablement et complètement en dehors de toute acceptation du bénéficiaire.

V. — Toujours dans le domaine théorique, nous pouvons nous trouver aux prises avec une objection beaucoup plus grave, basée sur la nature juridique et économique même du droit de propriété.

L'un des caractères essentiels du droit de propriété, tel qu'on le conçoit dans le régime moderne, c'est le caractère d'incommutabilité. Une personne est incommutablement propriétaire d'une chose, lorsque l'aliénation par elle de cette chose est purement facultative pour elle; sa propriété serait commutable au contraire, si celui qui lui a transmis la chose, ou toute autre per-

sonne ayant sur elle un pouvoir juridique, l'avait contrainte, on pouvait constamment la contraindre à aliéner la chose, soit au bout d'un temps donné (*dies certus*), soit au bout d'une période indéterminable *ab initio* (*dies incertus*), soit sous une condition potestative pour celui qui exerce la contrainte. La commutabilité, ainsi entendue, est impossible en droit, et l'incommutabilité est juridiquement nécessaire pour qu'il y ait propriété, car elle est l'une des manifestations du caractère que possède à titre essentiel le droit de propriété, c'est-à-dire du caractère d'être absolue.

Supposons un instant la commutabilité ; nous arrivons de suite à une conséquence juridiquement inadmissible : si la chose est commutable, le propriétaire n'a pas le *jus abutendi*, le droit de disposer ; qui est donc titulaire de ce *jus abutendi*, parcelle essentielle du droit de propriété ? De deux choses l'une, ou bien c'est la personne qui exerce ou peut exercer la contrainte, ou bien, si cette personne est morte, c'est le néant, qu'il soit ou non incarné dans une entité future. Or, nous le savons, on ne peut concevoir une telle mise en suspens du droit de propriété ou de ses parcelles essentielles. Au cas où c'est le contraignant qui reste titulaire du *jus abutendi*, c'est lui qui est propriétaire, et non celui qu'il peut contraindre à aliéner ; celui qu'il peut contraindre à aliéner est par là même contraint à conserver ; sa propriété, à cet égard, encore se réduit à rien.

Vainement pourrait-on alléguer, pour démontrer que

la propriété peut être commutable, que le caractère de commutabilité se rencontre dans la substitution permise et dans la vente avec faculté de rachat pendant un délai de cinq ans ; cela ne prouve rien, car on peut affirmer que ces deux institutions de droit positif sont, à ce point de vue, des exceptions remarquables apportées très restrictivement par la loi civile au principe général qui déclare absolu, incommutable et héréditaire, le droit de propriété (1).

Cela posé, ne serait-on pas fondé à prétendre que, dans l'hypothèse du legs universel fondatif, le légataire universel est investi d'une propriété commutable ? Ce qui lui est légué, ne devra-t-il pas le restituer, à titre de dotation, à la fondation une fois personnalisée ? N'est-il pas ainsi propriétaire à temps ?

Non. Cette objection ne tient pas. — Et d'abord, en admettant que le patrimoine soit transmis au légataire sous la charge de le remettre ultérieurement à la fondation une fois personnalisée, la transmission ainsi faite le serait sous une condition résolutoire casuelle : condition de personnalisation de l'œuvre, laquelle dépend de l'Etat, non du testateur ; elle serait critiquable, pour les motifs que nous avons précédemment déduits, en tant que condition *si nascatur* ; mais, par ce fait

(1) Dans la substitution permise, le *jus abutendi* a pour titulaires des personnes à naître, c'est-à-dire le néant. Dans la vente avec faculté de rachat, le *jus abutendi* a pour titulaire le stipulant. A ce point de vue, ces deux dispositions sont théoriquement critiquables.

même qu'elle ne dépendrait pas de la volonté du testateur, elle ne porterait pas atteinte au principe de l'incommutabilité. — Il y a mieux : cette prétendue condition n'existe pas ici ; dans notre espèce, la charge, outre l'obligation de faire personnaliser l'œuvre, ne consiste pas dans une obligation pour le légataire de remettre les biens du patrimoine qui lui est transmis ; il n'est pas soumis à la charge *réelle* de remettre à la fondation personnalisée tels et tels biens déterminés qu'il a reçus du testateur ; il est uniquement soumis à la charge toute *personnelle* de doter la fondation une fois créée, dans les proportions qu'aura déterminées le fondateur.

III. — *Legs à titre universel à charge de fonder*

A) *Analyse du legs fondatif à titre universel*

Comme le legs universel fondatif, le legs à titre universel du même type s'analyse dans un acte juridique contenant indivisément pour le légataire : 1^o dévolution d'un ensemble de droits ; 2^o obligation de fonder. Cela ne paraît pas devoir faire de doute. Le fondateur a voulu, dans l'un et l'autre cas, poursuivre le même but à travers des moyens semblables ; il a donc versé, dans l'un et l'autre cas, au contenu de l'acte qu'il employait, les deux mêmes éléments indispensables pour qu'une fondation puisse se constituer testamentairement. Mais, dans le second cas, dans le cas de legs à titre universel,

un besoin ou un désir l'ont poussé à ne consacrer à la fondation, qu'une partie de ses ressources, et à en réserver le surplus à d'autres bénéficiaires ; voilà pourquoi son legs fondatif, au lieu d'être universel, a été restreint et réduit aux proportions d'un legs de quotité.

Bref, la différence, l'unique différence qui distingue l'hypothèse présente de la précédente, c'est l'inégalité des masses patrimoniales dévolues. Et reste à savoir si cette différence, au lieu d'être purement une différence de fait, ne constituerait pas d'aventure une différence juridique assez profonde ou bien pour déterminer une diversité de régime entre le legs fondatif universel et le legs fondatif à titre universel, ou bien même pour faire que celui-ci soit impossible légalement, alors que celui-là vient d'être démontré valable.

Dans notre droit positif actuel, le legs universel est un legs d'universalité, le legs à titre universel un legs de quotité ; le legs universel contient pour le légataire vocation au moins éventuelle au tout disponible, alors que le legs à titre universel contient pour le légataire vocation au moins éventuelle, en toute propriété ou en nue propriété, et toujours dans les limites du disponible, soit à une quote-part du patrimoine, soit à la totalité ou à une quote-part des immeubles ou des meubles.

Notre loi positive, à tort ou à raison, établit à côté de cette différence principale et première, la différence suivante : le légataire universel a dans certains cas la

saisine, alors que le légataire à titre universel en est toujours privé.

Quelques interprètes de cette loi ont prétendu que d'autres différences découlaient des textes. Ils ont cru pouvoir affirmer par exemple que la loi avait établi une distinction entre l'un et l'autre legs au point de vue de l'étendue de l'obligation aux dettes ou du droit aux fruits. Ces différences fussent-elles réellement légales, nous importeraient pas. Elles n'ont aucune influence ici.

Quant aux deux premières, formellement inscrites dans la loi, partant incontestables, elles nous indiffèrent également. La différence dans l'étendue de la masse léguée, différence consistant en ce que, d'une part, il y a universalité léguée, et d'autre part quotité, est, ce que nous désirions savoir, une pure différence de fait, puisque la loi n'en tire aucune conséquence juridique. La différence consistant dans l'aptitude éventuelle ou l'inaptitude complète à la saisine est, à tout prendre, une différence sinon de fait, du moins toute superficielle, une différence de possession légale. Elle a, puisqu'elle repose sur une idée de possession légale, quelques effets juridiques, mais elle n'exerce aucune influence sur les droits de propriété en présence.

Dès lors, ni l'une ni l'autre de ces différences ne saurait nous interdire de répéter, pour le legs à titre universel, ce que nous avons dit du legs universel, à savoir : que le légataire à titre universel, comme le légat-

taire universel, comme le successeur légitime, ne représente pas la personne du défunt, mais succède uniquement à ses droits actifs et passifs ; que le légataire à titre universel puise ses droits et trouve ses obligations, non pas dans une prétendue qualité de représentant du défunt, mais dans sa réelle qualité de successeur, de remplaçant de ce défunt ; que les biens du défunt, entrant dans son patrimoine, pour se fusionner avec ce patrimoine, sauf en cas d'acceptation bénéficiaire (1), il est tenu des dettes du défunt ultra vires, pour ses part et portion bien entendu ; qu'à raison de tous ces caractères communs, il n'y a aucune différence vraiment essentielle entre le légataire universel et le légataire à titre universel et qu'en conséquence, celui-ci, comme celui-là, peut être désigné légataire fondatif sous les mêmes conditions et aux mêmes charges.

B) *Légalité du legs fondatif à titre universel.*

En analysant le legs à titre universel fondatif, nous venons de voir que la seule différence qui le sépare du legs universel, ne saurait, ou le faire assujettir à un régime spécial, ou même déterminer son illégalité.

Il serait dès lors superflu de nous livrer en quelque sorte à la contre-épreuve qui nous a permis de vérifier

(1) Nous croyons en effet, sauf controverse, que le légataire à titre universel peut, comme le légataire universel, accepter bénéficiairement.

sérieusement la validité du legs universel, c'est-à-dire rechercher s'il n'existe pas un texte ou principe, prohibitifs du legs à titre universel fondatif.

Nous nous bornerons à formuler comme assertions nos précédentes propositions, dont la démonstration antérieurement faite au sujet du legs universel, s'applique par identité ou analogie de motifs, à l'hypothèse du legs à titre universel.

1° Le caractère de libéralité n'étant pas essentiel au legs, peu importe que le légataire ne tire aucun bénéfice du legs à titre universel fondatif.

2° Les textes très spéciaux sur l'exécution testamentaire ne sauraient être invoqués en matière de legs à titre universel fondatif.

3° Le legs à titre universel fondatif ne présente pas les caractères d'une substitution ; les eût-il présentés, que l'article 896, article visant les successions, n'aurait pu lui être appliqué.

4° Le legs à titre universel fondatif ne fait en réalité échec ni à l'article 906, ni à l'article 911 du Code civil.

5° Il ne contient pas gratification au profit d'une personne future sous la condition si nascatur.

6° Il ne porte pas atteinte au principe de l'incommutabilité de la propriété.

IV. — *Legs à titre particulier à charge de fonder.*

I. — *Identité de nature des trois legs en général.* Ce que nous venons de dire, en nous plaçant à un point de

vue très général, des successeurs universels ou à titre universel, légitimes ou testamentaires, nous ne voyons pas de raison pour ne pas l'appliquer aussi aux légataires à titre particulier. Eux aussi sont des successeurs du défunt, le remplaçant par voie de dévolution, mais ne le représentant pas, dans sa qualité de titulaire d'un droit ou de plusieurs droits. Une fois encore nous nous permettons de le répéter, il n'y a aucune nécessité, aucune raison, soit en principe, soit en droit positif, pour que le décès d'un individu fasse naître un mandat légal ou testamentaire au lieu de déterminer simplement une novation dans le titulaire des droits, qui normalement devraient s'éteindre avec celui qui les a acquis.

On pourrait dire, il est vrai, sans même s'arrêter aux différences superficielles qui séparent les legs universels ou à titre universel des legs particuliers (article 1014 sur les fruits, 1017 sur l'hypothèque légale), qu'une distinction sérieuse doit être faite entre la nature des legs universels et à titre universel, d'une part, et celle des legs particuliers, d'autre part, pour ce motif que le légataire particulier, à la différence des autres, et sauf le cas de réduction, n'est point tenu *personnellement* des dettes du défunt (art. 1024).

Cette objection ne serait que spécieuse : si, en *principe*, le légataire particulier n'est point tenu de contribuer aux dettes du défunt, c'est en vertu de cette maxime : *æs alienum, universi patrimonii, non certarum rerum*,

onus est ; les dettes sont la charge de l'universalité des bien, et non de certains d'entre eux.

Et encore cela n'est-il vrai qu'en principe, car, de même que nous admettons la faculté pour le testateur de transmettre, et pour le légataire d'accepter la qualité de titulaire d'un droit actif, de même nous ne verrions aucune impossibilité à admettre la faculté pour le premier de transmettre, et pour le second d'accepter la qualité corrélatrice de titulaire d'un droit passif, d'une dette (1). Le legs ne contient pas essentiellement un bénéfice pour le légataire même à titre particulier. Le principe existe donc, mais n'a rien d'impératif, et peut être écarté par une stipulation contraire.

D'ailleurs fût-il exact de façon absolue, que, dans notre droit positif, le légataire ne peut être tenu personnellement des dettes, cela ne détruirait nullement le caractère commun à tous les legs d'être la transmission d'un ou de plusieurs droits, et non l'investiture de la qualité de représentant du titulaire décédé.

II. *Identité de nature des trois legs en tant que legs fondatifs.* — Si nous nous plaçons maintenant au point de vue tout particulier du legs fondatif, nous dirons : en voulant fonder par le procédé du legs à titre particulier, et non plus par celui du legs universel ou du legs à titre universel, le testateur a fait quand même un acte à

(1) Mais nous croyons qu'en droit positif la transmission de dette doit être accompagnée nécessairement d'une transmission de droit. (Voir plus haut p. 50).

cause de mort contenant indivisément dévolution d'un droit et stipulation d'une obligation ; il a restreint la portée de son acte fondatif, il n'en a pas altéré la nature.

III. *Validité du legs fondatif particulier.* — Enfin, ce que nous avons dit pour le legs fondatif universel d'abord, pour le legs fondatif à titre universel ensuite, nous le répétons pour le legs fondatif à titre particulier : il n'est prohibé par aucun principe, ni par aucun texte. Et nous sommes dispensés de faire à ce sujet toute démonstration, puisque nous venons d'établir l'identité de nature entre les trois legs, d'une façon générale d'abord, et sous le point de vue particulier de la forme fondative ensuite.

§ II. — **Personnalisation de l'œuvre par le procédé de la libéralité directe.**

Nous avons examiné les modes indirects de fondation, ceux qui supposent l'intervention d'une personne morale ou physique intermédiaire. En regard de ces modes, nous voyons le procédé direct de la personnalisation et de la dotation de l'œuvre par le fondateur lui-même, aux termes soit d'un acte entre-vifs, soit d'un testament. La question est encore celle-ci : le droit civil positif actuel admet-il un tel mode de fondation ?

I. — *Fondation entre-vifs directe.*

Un bienfaiteur peut-il de son vivant, sans se mettre en contradiction avec le droit civil positif actuel, organiser en fait, faire personnaliser en droit, et doter son œuvre ?

A notre avis il le peut, mais à la condition que la personnalisation précède ou accompagne la dotation qu'il doit faire à cette œuvre par don entre-vifs. Cette condition nous paraît nécessaire puisque l'article 906 exige que le donataire existe au moment de la donation.

D'ailleurs, nul principe de droit civil ne s'oppose à la personnalisation antérieure ou concomitante à la dotation. Nous verrons ultérieurement s'il en est de même du droit public.

Mais il nous paraîtrait contraire aux principes de faire précéder la personnalisation de la dotation ; on ne pourrait dire ici, que l'œuvre, existant jusqu'alors en fait, peut être considérée comme conçue, et par conséquent capable aux termes de l'article 906. Nous croyons que si l'article 906 est reconnu applicable aux personnes morales en tant que disposition de droit commun, il est loin de s'en suivre qu'il leur est aussi et nécessairement applicable dans ses dispositions contraires au droit commun. Or, cet article se place hors du droit commun lorsqu'il crée la fiction *Infans conceptus pro nato habetur* et sur ce point, il doit être interprété restrictivement. — L'existence de fait d'une personne civile ne saurait

d'ailleurs nullement être identifiée à la vie embryonnaire de l'enfant conçu.

L'inapplicabilité de la fiction « *infans conceptus* » aux corps moraux n'ayant qu'une existence de fait a pour conséquence l'impossibilité juridique d'assurer à une fondation constituée en fait les avantages légaux pouvant découler de l'autorisation gouvernementale.

II. — *Fondation testamentaire directe.*

L'article 906 déclare qu'on ne peut être donataire avant d'être né ; il ne dit pas qu'on ne puisse l'être au moment même où l'on naît. La fondation directe entre vifs sera donc possible si la personnalisation précède ou accompagne la dotation.

Inversement, la fondation testamentaire directe sera toujours impossible, car, dans tous les cas, la dotation précède ici la personnalisation, si, comme le règle actuellement notre droit français, la personnalisation est l'œuvre de l'Etat. Ainsi, un testament contient legs d'un capital à une œuvre, pour le jour où elle sera personnalisée. Ce legs est nul car il se ramène à un legs pur et simple à personne future ; la condition *si nascatur* qui y est apposée ne lui confère pas la validité, comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir (p. 71).

En soumettant à l'épreuve du droit civil les différents types de fondation, nous avons pu nous rendre compte que par acte entre vifs on peut fonder au moins directe-

ment, et que par acte testamentaire, on ne peut fonder qu'en ayant recours au procédé du legs *sub modo*. Nous devons rechercher maintenant si le droit public admet ces deux modes de fonder.

SECTION DEUXIÈME

Droit public

I. — Les législations sur la personnalité obéissent à certains principes dont la perception nette et la définition exacte sont aussi difficiles que l'existence en est indiscutable : sous l'influence de ces principes, la législation française sur la personnalité s'est constituée, mais de façon fragmentaire, éparse, et quelque peu rudimentaire.

Certaines règles, celles-ci de définition aisée, ont présidé à la rédaction des textes modernes, sans d'ailleurs y être nulle part expressément inscrites. Ces règles ont été dégagées, dénommées et formulées depuis longtemps déjà par la doctrine. Il en a été ainsi de la règle de la reconnaissance légale, de celle de la spécialité, de celle de la neutralité, de celle de la tutelle administrative.

1° *Règle de la reconnaissance légale*. — La personnalité morale est conférée par l'État et ne saurait appartenir à aucun être moral sans l'autorisation ou mieux sans la concession des pouvoirs.

2° *Règle de la spécialité.* — Chaque être moral n'est personnalisé par l'Etat que dans les limites que celui-ci a qualité pour fixer arbitrairement, et qu'il fixe généralement d'après le but et la zone d'action qui détermine l'œuvre. Ainsi donc chaque être moral n'a qu'une personnalité partielle, spéciale. Il n'a pas la plénitude de la personnalité comme l'individu physique : l'individu physique n'est incapable qu'en vertu d'un texte formel, la personne morale n'est capable qu'en vertu d'un texte formel (1).

3° *Règle de la neutralité.* — Les êtres moraux d'ordre politique, non les groupements sociaux, en conséquence du principe constitutionnel, d'ailleurs irréfutable en lui-même, de la liberté de conscience, doivent être rigoureusement privés de tout caractère confessionnel.

Nous ne croyons pas que cette règle de la neutralité soit une conséquence de la règle de la spécialité ; nous inclinons à croire que la neutralité a été uniquement inspirée par le principe de la liberté de conscience : la législation moderne a neutralisé de plus en plus les organes de l'Etat et les institutions annexes de l'Etat, abstraction faite naturellement des établissements dits religieux ; cette neutralisation a pour point de départ la révolution, la déclaration des droits de l'homme, qui pose le principe de la liberté de conscience, et elle a tou-

(1) Il y a lieu de ne pas confondre cette question de la capacité générale, de la personnalité, avec celle de la capacité spéciale requise pour chaque acte juridique.

jours été poursuivie depuis sous la même inspiration et avec le même esprit.

4^o *Règle de la tutelle administrative.* — Dans l'intérêt propre de chaque être moral, ou dans un intérêt d'ordre public, ou même particulier, l'État et ses délégués exercent sur toutes les personnes morales une mission de surveillance; l'État et ses délégués n'ont pas seulement une mission de surveillance, dans certains cas, leur rôle est d'habiliter la personne morale; cette habilitation est en somme une autorisation; (exemple : autorisation relative à l'acceptation des dons et legs, art. 910 et 937, C. civ.).

II. — Ces règles, dans chacune des hypothèses qu'elles supposent, s'appliquent aux deux catégories de personnes morales de droit public, c'est-à-dire aux établissements publics et aux établissements d'utilité publique, que nous devons passer rapidement en revue, afin de pouvoir situer dans l'une d'elles, à la place qui lui convient, soit la fondation, soit la personne morale préexistante chargée d'en poursuivre la création.

Dans un sens large, on peut définir l'établissement public : un être moral, organe ou service de l'État, et l'établissement d'utilité publique : un être moral constitué par l'initiative privée, individuelle ou collective, avec l'autorisation et sous la surveillance de l'État, et dans un but d'intérêt public.

Dans l'une et l'autre catégorie, nous distinguons immé-

diatement qu'il y a des établissements à base collective et des établissements à base pour ainsi dire unitaire :

1° Parmi les établissements publics, ceux des établissements qui ont été dénommés très heureusement groupements politiques, c'est-à-dire l'État, le département, la commune, le syndicat de communes, la colonie, supposent à leur base une collectivité d'individus ; les autres établissements, les services publics, tels que les différentes caisses personnalisées, ne supposent point à leur base une collectivité ; 2° de même, parmi les établissements d'utilité publique, nous voyons des groupements appelés très exactement « groupements sociaux » par opposition aux groupements politiques, et nous voyons en regard des établissements non collectifs.

Des groupements sociaux il est bien vrai de dire qu'ils sont dépourvus de tout caractère politique, puisque d'une part, ils ne sont ni organes, ni services dans la hiérarchie des corps moraux étatiques, et que, de l'autre, ils sont surtout et avant tout l'œuvre de l'initiative privée. Nous citerons, entre autres, et sauf controverse pour quelques-uns : les mutualités, les syndicats, les associations syndicales, les congrégations religieuses reconnues.

Quant aux établissements d'utilité publique non collectifs, il y a lieu de citer par exemple les hospices d'initiative privée et souvent individuelle, parfaitement autonomes, tels que par exemple la fondation Rothschild. A la différence des groupements sociaux, ils ne reposent

évidemment pas sur une collectivité, c'est-à-dire sur une pluralité d'individus *organisée et associée*; M. Truchy (1) a mis suffisamment en valeur cette idée capitale pour que nous puissions nous dispenser d'insister davantage. Nous ferons uniquement remarquer qu'on ne concevrait nullement ici la nécessité, ni même l'utilité d'une action collective, car cette dernière catégorie d'établissements d'utilité publique est la catégorie des fondations individualisées et autonomes; or la fondation est sinon par essence, du moins par nature, l'œuvre individuelle d'un seul bienfaiteur.

La fondation, au milieu des nombreux êtres moraux de droit public, trouve donc une place tout indiquée dans la catégorie des établissements d'utilité publique.

Quant aux intermédiaires qui peuvent lui servir de support provisoire si elle se réalise par legs modal, il est très aisé de voir que le fondateur peut en faire choix, soit parmi les groupements politiques, soit parmi les groupements sociaux, soit même peut-être parmi les établissements publics ou d'utilité publique unitaires, à condition bien entendu que les textes organiques de chacun de ces êtres moraux leur concèdent, en même temps que la personnalité, la capacité de recevoir à titre gratuit; capables de recevoir à titre gratuit purement et simplement, ces êtres moraux sont également capables, sauf autorisation, de recevoir *sub modo*, car en prin-

(1) *Thèse*, Paris, 1888.

cipe, qui peut recevoir plus peut aussi recevoir moins.

III. — En fondant par l'intermédiaire et avec le concours de personnes civiles préexistantes, le fondateur doit faire judicieusement son choix, et avoir soin de ne pas faire échec à l'une des quatre règles positives ci-dessus formulées.

Par exemple, il ne pourrait confier la création d'un établissement scolaire à une fabrique, car il heurterait le principe de la spécialité : la fabrique, établissement public, a reçu pour mission spéciale de gérer les biens de l'église à laquelle elle est attenante ; cette mission spéciale est aussi son unique mission.

De même, le fondateur ne pourrait prendre comme légataire fondatif une commune en conditionnant son legs par la charge de créer une école communale confessionnelle ; le principe de la neutralité, consacré formellement par la loi de 1886, s'opposerait à une telle combinaison charitable. Il est même juste de dire que ce principe s'y opposait dès avant la loi de 1886.

A plus forte raison, le fondateur ne saurait valablement prendre pour légataire sub modo une congrégation religieuse non reconnue, puisque, sans la reconnaissance, sans l'autorisation légale, la congrégation n'a pas la personnalité juridique, et partant la capacité d'être légataire. Il est aussi impossible au fondateur de faire ainsi échec au principe de l'autorisation, qu'il lui serait impossible de faire échec aux règles de tutelle administrative concernant par exemple les dons et legs

aux êtres moraux de droit public, même en ayant recours au subterfuge de l'interposition de personnes.

Détermination une fois faite de la place qui est réservée à la fondation parmi les êtres moraux de droit public, et des conditions sous lesquelles elle peut occuper cette place, reste à savoir moyennant quelles formalités la fondation entre vifs d'une part et de l'autre la fondation testamentaire peuvent passer de l'existence de fait à l'existence juridique.

I. — *Fondation entre-vifs.*

La fondation entre-vifs, normalement, pourrait se présenter en fait de la manière suivante: le fondateur concevrait et préparerait l'œuvre; ensuite (car nous ne voyons pas que, dans le silence des textes, aucun principe puisse s'y opposer), il pourrait, avec documents à l'appui, formuler auprès du pouvoir compétent une requête à fin de personnalisation de son œuvre; cette procédure une fois instruite et close par la concession de la personnalité, l'œuvre capable serait dotée par lui suivant acte de donation authentique, et autorisée à accepter la donation. Une simplification de ce système consisterait dans la concession simultanée par l'Etat ou le pouvoir compétent de la personnalité et de l'autorisation d'accepter la dotation.

Le procédé usuel n'est pas très différent de celui que nous indiquons. Il s'en distingue néanmoins par une

particularité : en fait, le caractère d'utilité publique n'est reconnu à l'œuvre, et la personnalité ne lui est conférée par décret, qu'après expérience faite de son bon fonctionnement et la vérification de sa véritable importance, pendant la période embryonnaire de l'existence de fait. De même qu'à l'époque germanique et à l'époque médiévale, l'œuvre est organisée en fait avant d'être organisée en droit.

II. — *Fondation testamentaire.*

Cette fondation ne pouvant être comme nous l'avons vu qu'indirecte, c'est-à-dire modale, le fondateur doit d'abord faire choix, s'il prend pour intermédiaire une personne civile, d'un légataire sub modo compétent, investi d'une mission spéciale compatible avec le but de l'œuvre future. Puis, au décès du fondateur, la personne morale, légataire sub modo, demande aux pouvoirs compétents l'autorisation d'accepter ou de refuser le legs sub modo, autorisation qui lui est accordée ou refusée à la fois et pour le legs, et pour la charge qu'il contient. En cas de refus d'autorisation, ou en cas d'autorisation de renoncer au legs, la fondation tombe avec le legs puisqu'elle en est la cause et la condition, et qu'il est impossible d'admettre qu'elle soit un legs distinct à côté du legs principal. Dans le cas contraire, la personne morale intermédiaire est autorisée à accepter et accepte, ou même elle est autorisée d'office à accepter, en admet-

tant, ce qui nous paraît douteux, que l'autorisation d'office soit possible et légale; cette personne morale devra satisfaire, dès qu'elle sera en mesure, à la condition modale, c'est-à-dire poursuivre la personnalisation de l'œuvre. A notre avis, cette personnalisation pourra avoir lieu en même temps que l'autorisation donnée à la personne préexistante d'accepter le legs, s'il rentre dans les pouvoirs du chef de l'Etat de statuer aussi sur l'autorisation en question; le décret à intervenir pourrait ainsi contenir : 1^o autorisation d'acceptation pour la personne civile préexistante; 2^o personnalisation de l'œuvre; 3^o autorisation donnée à cette œuvre d'accepter sa dotation.

Suivant nous encore, le legs sera exposé à révocation, non seulement si le légataire tarde à introduire la demande en personnalisation, mais même si sa tentative de personnalisation a échoué devant le refus de l'Etat; le mode fondatif étant un mode causal, son inexécution est un cas de révocation, quelle que soit la cause de l'inexécution, qu'elle soit ou non volontaire de la part du légataire.

Nous avons dit que le choix du fondateur devait porter sur une personne morale préexistante investie d'une mission compatible avec le but de l'œuvre à créer. Nous pouvons nous rendre compte de la nécessité de cette condition, corollaire ou mieux application de la règle de la spécialité, en passant successive-

ment en revue les différents intermédiaires proposés au fondateur.

Parmi les groupements politiques, nous voyons immédiatement que l'Etat, être moral investi d'une mission large et multiple, peut être le support et l'intermédiaire d'une multitude d'œuvres poursuivant des buts très divers ; son caractère de souveraineté, et sa situation, la plus élevée de toutes, dans la hiérarchie des êtres moraux, lui assurent une compétence en apparence illimitée : il peut être chargé de fondation pour des œuvres d'instruction publique, de charité, d'utilité publique quelconque. Mais la règle de la spécialité, logiquement observée, exigerait que les œuvres dont la personnalisation est imposée comme *modus* à l'Etat aient un caractère général, car dans le même ordre d'idées, il faudrait réserver aux départements les œuvres d'intérêt départemental, et aux communes les œuvres d'intérêt communal. La détermination du caractère départemental nous paraît d'ailleurs facile : la zone d'action de l'œuvre dépasse le territoire communal, sans couvrir tout entier le territoire national, l'œuvre est d'intérêt départemental (par exemple, création d'hospices cantonaux).

En prenant toujours pour principe conducteur la règle de la spécialité, on peut arriver à restreindre encore les limites de la compétence de l'Etat en matière de fondation : car, autour de l'Etat, et en qualité d'auxiliaires de celui-ci, nombreux sont les êtres moraux qui ont exclu-

sivement pour objet le fonctionnement des services publics de l'Etat : si une œuvre poursuit un but semblable ou connexe à ces services publics, la règle de la spécialité n'exige-t-elle pas en bonne logique que le service personnalisé soit l'intermédiaire obligatoire pour le fondateur ?

A côté des départements, ou plutôt des communes, nous avons aperçu des établissements publics tels que la fabrique, le bureau de bienfaisance même, qui présentaient un caractère plutôt collectif ; ces groupements, coexistant avec la commune, viennent restreindre forcément sa compétence fondative.

Ainsi donc, dans la hiérarchie des établissements publics, la compétence fondative décroît du sommet à la base.

Quant aux établissements d'utilité publique, placés au-dessous encore, leur capacité juridique plus restreinte, et leur spécialité plus accusée, laissent au choix du fondateur une part moins grande.

CHAPITRE III

JURISPRUDENCE (1)

Dans le chapitre qui précède, nous avons étudié les principes généraux du droit civil et du droit public français actuel pouvant intéresser les fondations personnalisées, et nous avons examiné comment de telles fondations pouvaient s'harmoniser avec ces principes, et trouver ainsi leur régime légal.

Nous devons voir maintenant si nos conclusions concordent avec celles de la jurisprudence, et une semblable vérification de notre travail analytique et interprétatif importe d'autant plus que l'absence ou le silence des textes en la matière confère aux décisions judiciaires un caractère quasi prétorien. Nous entendons par là que les autorités judiciaire et administrative, placées devant des

(1) Nous avons employé dans ce chapitre les signes conventionnels suivants : *J. P.* pour le *Journal du Palais*. — *S.* pour le *Recueil général des lois et arrêts de Sirey*. — *D.* pour le *Recueil périodique de Dalloz*.

réalités, des cas pratiques, et n'ayant point pour guides des textes précis ou même seulement des textes(1), ont été invinciblement amenées à élaborer des systèmes, à édicter des règlements positifs suppléant à la loi, et affectant par conséquent, par certains de leurs effets, des caractères presque législatifs. Nous entendons encore par là que ces systèmes et ces règlements, appropriés aux nécessités pratiques et inspirés par elles, formulés d'ailleurs par une magistrature éclairée, doivent être pris en très grande considération. Mais nous n'en concluons pas que les décisions des tribunaux, cours et conseils doivent être acceptées, à l'instar de la loi, sans réplique aucune.

Pour étudier le régime légal actuel des fondations, nous avons eu à tenir compte successivement du droit civil et du droit public ; c'est aussi sur ces deux points bien distincts de la question que la jurisprudence a dû tour à tour statuer. Il y a lieu d'ailleurs de remarquer que sur les questions de droit public, la jurisprudence, en général, était plus libre de se constituer dans un sens ou un autre ; elle ne trouvait pas là, sauf peut-être dans l'article 910 du Code civil, des décisions législatives de principe, comme celles qui sont contenues dans les articles 900, 906 et autres du Code. Ses allures devaient

(1) Cela n'est dit bien entendu que pour la matière spéciale des fondations, non pour la matière générale des dons et legs où nous rencontrons des textes de droit civil, et même des dispositions de droit public, tels que les articles 910 et 937.

rester plus libres sur les points relevant du droit public que sur les questions de législation civile, puisqu'en droit public la loi ne lui avait tracé aucune marche à suivre, alors qu'en droit civil cette même loi s'était montrée relativement explicite.

SECTION PREMIÈRE

Droit Civil

En droit civil, il y a tout d'abord deux textes formels que nous avons placés en première ligne dans notre étude des principes généraux, et qui constituent en somme la double base sur laquelle s'est édifiée la vaste construction jurisprudentielle relative aux dons et legs : nous voulons parler des articles 893 et 906 du Code civil.

I. — L'article 893 du Code civil déclare qu'on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation ou par testament, dans les formes prescrites par la loi civile, et l'article 906, que, pour qu'il y ait donation entre-vifs ou testamentaire, il faut qu'il y ait coexistence soit au moment de la donation, soit à l'époque du décès d'un donateur et d'un donataire capables.

L'article 893 a été souvent très sagement et très prudemment interprété par la jurisprudence.

Et d'abord la jurisprudence reconnaît au moins implicitement que l'article 893 est dans une certaine mesure

matériellement inexact; il n'y a pas évidemment que les dons et legs qui contiennent des dispositions de biens à titre gratuit valables; les contrats de bienfaisance (par exemple louages d'ouvrage, de chose, ou d'argent gratuits, dépôt, mandat), les renonciations à un droit, les dons manuels sont des libéralités non assujetties à l'article 893. La stipulation pour autrui autorisée par l'article 1121 en est un autre exemple, et la jurisprudence la déclare valable, bien qu'elle ne se plie pas aux formes solennelles prévues pour les dons et legs (1).

Ont été également déclarées valables les libéralités déguisées sous la forme de contrat onéreux, à la condition toutefois qu'elles soient faites au profit de personnes capables, et bien qu'elles ne soient pas solennelles (2).

Mais si la donation est imparfaitement déguisée, la solennité est exigée, et l'article 931 du Code civil applicable. Bourges, 16 mai 1884 (*J. P.* 1885, 1, 453).

D'autre part, l'article 893 veut que toute disposition gratuite de biens soit un don ou un legs, mais inverse-

(1) Rennes, 2 août 1838 (*Journal du Palais*, 1839, t. 1^{er}, p. 618). — Aix, 13 novembre 1839 (*J. P.* 1841, t. 2, p. 84). — Besançon, 15 novembre, 1843 (*J. P.*, 1844, t. 1, p. 639). — Bordeaux, 24 décembre 1844 (*J. P.* 1845, p. 570). — Cass., 19 nov, 1810 (*J. P.*, 1810, classé dans l'ordre chronologique). — Douai, 31 juillet 1811 (*J. P.*, chronol.). — Cass., 23 avril 1827 (*J. P.*, chr.). — Paris, 4 juin 1829 (*J. P.*, chr.). — Orléans, 21 août 1829 (*J. P.*, chr.).

(2) Cass., 2 avril 1884 (*J. P.* 1886, 1, 265). — Cass., 27 mai 1887 (*J. P.* 1889, 1, 1052). — Cass., 11 juillet 1888 (*J. P.*, 1888, 1, 1022). — Cass. 29 mai 1889 (*J. P.*, 1889, 1, 1176).

ment, il n'implique pas que tout legs soit une libéralité, une libéralité pour le légataire. L'existence d'un bénéfice pour le légataire n'a pas paru nécessaire à l'essence du legs : cela était intéressant à noter pour les fondations, nous l'avons vu plus haut ; car dès lors un testateur peut léguer tous ses biens à une personne physique ou morale sous la charge personnelle de fonder une œuvre, fût-elle de valeur équivalente à la valeur patrimoniale qu'il reçoit. — Et la jurisprudence a fort bien compris que ce qui est vrai ici pour le legs, ne l'est pas pour la donation, et que, dans la donation, l'idée de bénéfice pour le donataire est nécessaire ; observation également intéressante à faire pour les fondations, car dès lors on ne peut donner à quelqu'un à charge de *tout* rendre à une fondation qui sera ultérieurement personnalisée ; on ne peut fonder par don modal que si la charge de fonder n'absorbe que partiellement le bénéfice provenant de la donation :

1° Lorsque les charges imposées au prétendu donataire sont l'équivalent des biens transmis, il n'y a pas donation (1).

2° Au contraire, pour le legs, au moins pour le legs

(1) Toulouse, 15 février 1838 (*J. P.* 1839, t. 1, p. 440). — Bordeaux, 10 avril 1843 (*J. P.* 1843, t. 2, p. 734. S., 1843, 2, 481). — Pau, 4 juin 1873 (*J. P.*, 1873, 3, 592. S., 1873, 2, 140. D., 1874, 2, 84). — Cass., 21 décembre 1887 (*J. P.*, 1888, 1, 1029). — Nîmes, 11 juillet 1881. (*J. P.* 1882, 1, 561).

universel, l'idée de bénéfice au profit du légataire ne paraît pas essentielle (1).

Des décisions rendues dans le sens de l'exclusion de l'idée de bénéfice, il résulte que le seul élément essentiel du legs, c'est la vocation au moins éventuelle à l'universalité des biens. Or, dans le legs fondatif universel tel que nous l'avons décrit au chapitre II, l'attribution de l'universalité en toute propriété est toujours faite au légataire fondatif.

II. — En ce qui concerne les articles 906 et 911, l'interprétation exacte de la volonté du législateur était aussi délicate à trouver. Cette difficulté aurait pu donner lieu à un ensemble de décisions judiciaires plus souvent contradictoires que concordantes. Il n'en a pas été ainsi, et

(1) Orléans, 19 avril 1844, (*J. P.* 1844, t. 1^{er} p 626). — Cass., 5 juillet 1886, (*J. P.*, 1890, 1, 609). — Toulouse, 29 décembre 1843 (*J. P.*, 1845, 1, 319). — Bordeaux, 19 août 1814 (*J. P.*, 1814). — Cass., 16 juillet 1834 (*S.* et *J. P.*, 1834). — Cass., 13 juillet 1859 (*S.*, 1859, 1, 653. *J. P.*, 1860, 211, *D.*, 1859, 1, 322). — Rennes, 22 août 1861. (*S.*, 1862, 2, 38. *J. P.*, 1862, 1174). — Cass., 28 novembre 1865 (*J. P.*, 1866, 1108. *S.*, 1866, 2, 264. *D.*, 1866, 2, 43). — Douai, 28 janvier 1895 (*S.* et *J. P.*, 1896, 2, 206). — Cass., 5 juillet 1886 (*S.* 1890, 1, 241. *J. P.*, 1890, 1, 609. *D.*, 1886, 1, 465). — Bourges, 11 janvier 1887 (*S.*, 1890, 2, 170. *J. P.*, 1890, 1, 1030. *D.*, 1887, 1, 80). — Angers, 22 juin 1887, sous Cass., 6 nov. 1888 (*J. P.*, 1890, 1, 609 et note de M. Labbé). — Cass., 5 juillet 1886 (*S.*, 1890, 1, 241. *J. P.*, 1890, 1, 609. *D.*, 1886, 1, 465). — Douai, 28 janvier 1895 (*S.* et *J. P.*, 1896, 2, 206). — Il faut toutefois citer en sens contraire : Limoges, 20 décembre 1830 (*S.* et *J. P.*, 1830). — Douai, 15 décembre 1848 (*S.*, 1849, 2, 537. *P.*, 1850, 1, 475. *D.*, 1849, 2, 254). — Caen, 25 janvier 1869, sous Cass., 30 novembre 1869 (*S.* 1870, 1, 119. *J. P.*, 1870, 278, *D.*, 1870, 1, 202). — Dijon, 1^{er} juin 1883 (*S.*, 1885, 2, 175. *J. P.*, 1885, 1, 985). — Douai, 1^{er} mai 1894 (*S.* et *P.*, 1895, 2, 1. *D.*, 1895, 2, 219).

sur la plupart des points, la jurisprudence s'est nettement et sans doute définitivement fixée, en formant un tout presque parfaitement homogène.

Ainsi, il est de jurisprudence pour ainsi dire constante : 1° Que toute disposition au profit de personnes futures non reconnues, faite par legs direct, est caduque; qu'il y a lieu de décider ainsi pour se conformer à l'article 906 du Code civil ; 2° que les dispositions indirectes, faites au profit de personnes futures et par le procédé de l'interposition sont également caduques (article 911, C. civ.) ; qu'il faut les déclarer telles si elles constituent des legs déguisés, et non pas de véritables charges, lesquelles sont au contraire valables ; 3° que les legs au profit de personnes incertaines sont aussi caducs et inopérants, pour ce motif qu'il est impossible au juge du fait de savoir si la personne gratifiée, par cela même qu'elle est incertaine, est capable ou incapable.

Nous allons voir maintenant que sur ces points généraux des espèces très variées et très nombreuses sont nées et nous aurons en même temps l'occasion de vérifier si la jurisprudence ne s'est pas parfois déjugée.

1° *Dispositions directes au profit de personnes futures (art. 906).* — Parmi les décisions relatives à cette hypothèse on peut notamment citer (1).

(1) Toulouse, 14 janvier 1880, sous Cass.. 8 août 1881 (*J. P.*, 1882, 1, 367). — Cass.. 12 avril 1864. (S., 1864, 1, 153. *J. P.*, 1864, 820). — Orléans, 16 décembre 1864. (S., 1865, 2, 196. *J. P.*, 1865, 832). — Cass., 14 août 1886 (S., 1867, 1, 61. — *J. P.* 1867, 133).

Cet ensemble de décisions consacre deux principes distincts : 1° Pour pouvoir être donataire ou légataire, d'une façon générale pour pouvoir être titulaire d'un droit, il faut avoir l'existence juridique. 2° Pour exister juridiquement, une personne civile doit être reconnue par l'Etat ; et en effet, tant qu'une loi organique n'aura pas prévu, consacré et créé sur certaines bases le régime de la liberté des êtres moraux, c'est-à-dire de l'existence juridique sauf simple déclaration, dans certaines formes, il sera de nécessité sociale que les êtres moraux n'existent juridiquement, c'est-à-dire ne produisent effet à l'égard des tiers ou de l'Etat, que s'ils sont reconnus par l'autorité publique.

Le double principe que la jurisprudence consacre à l'égard des associations ou œuvres futures ou inexistantes est appliqué par elle d'une façon inflexible et avec une rigoureuse logique.

Ainsi, il a été jugé que les actes des pouvoirs publics accordant à un corps moral sans existence légale une permission, une autorisation de faire telle ou telle chose, de se réunir sans encourir les pénalités édictées par l'article 291 du Code pénal, ne peuvent équivaloir à une reconnaissance d'utilité publique (1).

(1) Cass., 2 avril 1894 (*J. P.*, 1894, 1, 129). — Paris, 25 mars 1881 (*J. P.*, 1881, 1, 1233). — La jurisprudence administrative paraît être dans le même sens : Avis conseil d'Etat, 9 octobre 1879 (*Revue générale d'administration*, 1880, 2, 444.) — Avis conseil d'Etat, 25 janvier 1883 (*Notes de jurisprudence du Conseil d'Etat*, p. 211).

De telles décisions nous paraissent par trop rigoureuses ; en l'absence de tout texte sur la personnalité civile, ce qui est nécessaire socialement, c'est qu'aucun corps moral ne puisse, aux yeux de la loi, être considéré comme existant, tant qu'il n'a pas obtenu l'agrément du gouvernement pour faire tel ou tel acte au grand jour ; il y avait trop de dangers à décider autrement. Mais dès qu'un corps s'est révélé aux pouvoirs et a obtenu de ces pouvoirs une autorisation, en tant que corps, c'est donc que les pouvoirs le reconnaissent au moins implicitement.

La jurisprudence a décidé en outre que les associations non autorisées ne peuvent prétendre bénéficier des dispositions qui assurent aux sociétés des droits civils ; que les associations, n'ayant pas pour but la réalisation de bénéfices à partager, ne peuvent être assimilées ni aux sociétés civiles prévues par l'article 1832 du Code civil, ni aux sociétés commerciales ; que dès lors, à moins d'être reconnues d'utilité publique, elles sont sans existence légale, et incapables de recevoir à titre gratuit (1) ;

Qu'il importe peu à cet égard que les associations non reconnues aient pris la dénomination de sociétés

(1) Cass., 2 avril 1894, précité. — Cass., 29 octobre 1894 (*J. P.*, 1895, 1, 65). — Cass., 29 novembre 1897, confirmant Douai, 7 juillet 1896 (*Gazette des Tribunaux*, 29-30 novembre 1897). — Tribunal de la Seine, 31 janvier 1898 (*Gazette des Tribunaux*, 21-22 mars 1898). — Cass., 29 juin 1847 (*J. P.*, 1848, 1, 55). — Cass., 19 novembre 1879 (*J. P.*, 1880 124). — Aix, 20 mars 1873 (*J. P.*, 1875, 456).

anonymes à capital variable. Cass. 29 octobre 1894, précité. — Que la circonstance qu'une association, en tant que société de fait, possède une individualité juridique distincte de celle de ses membres ne peut suffire pour lui donner le caractère de personne morale. Cass. 2 avril 1894 précité. Grenoble, 6 avril 1881 (J. P. 1882, 1, 98).

La jurisprudence civile n'admet pas, d'autre part, que le décret de collation de la personnalité puisse avoir quelque rétroactivité : elle ne valide pas les libéralités faites aux œuvres qui n'ont été reconnues d'utilité publique que postérieurement à la donation ou à l'ouverture de la succession. M. Demolombe (Donation et testaments, sur l'article 906), qui, lui aussi, considère comme seule juridique la disposition indirecte au profit de personne future, cite déjà des arrêts rejetant l'idée de rétroactivité : Cass. 5 juillet 1842. Douai, 30 juin 1851. — Quant à la jurisprudence du conseil d'Etat, elle est en somme, implicitement du moins, dans le sens de la rétroactivité ; mais elle ne l'applique qu'avec les restrictions que lui impose la jurisprudence de l'autorité judiciaire, c'est-à-dire alors seulement que la validité de la libéralité antérieure au décret de reconnaissance n'est pas judiciairement contestée. Décret du 16 août 1859 et 19 décembre 1870 (note, section intérieure, conseil d'Etat). — Décret 30 juillet 1884 (note, section intérieure, conseil d'Etat, p. 170). — Nous avons vu plus haut que cette théorie de la rétroactivité est juridiquement inadmissible : l'existence du légataire étant un élément essen-

tiel du legs ne peut être mise en condition ; la condition si nascatur, qu'elle soit tacite ou expresse, ne vaut. Certes, il est de droit que l'acceptation d'un legs est censée remonter au décès ; mais, de ce qu'il y a une fiction juridique de rétroactivité de l'acceptation, il n'en saurait résulter, à raison surtout des motifs précédents, qu'il doit y avoir aussi une fiction juridique de rétroactivité de l'existence de l'acceptant. Remarquons d'ailleurs, qu'à l'inverse de l'existence de l'acceptant, l'acceptation n'est pas essentielle à la validité du legs ; le legs non accepté est caduc, il n'est pas inexistant. Un legs est une transmission des droits, une transmission de propriété par exemple ; la transmission se fait au moment du décès ; c'est au moment même du décès que la propriété quitte la tête du testateur pour se fixer sur celle du légataire ; or, si le légataire n'existe pas, sur qui se fixera la propriété ? Elle restera en suspens ? Est-ce concevable ?

2° *Dispositions indirectes au profit de personnes futures. — Interposition de personnes. — Article 911.*

— En ce qui concerne les interpositions de personnes, les dispositions obliques, soit qu'on se base sur l'article 911, soit qu'on préfère se référer aux principes généraux, en déclarant inapplicable à notre espèce cet article, il est nécessaire de faire une distinction : certes, il convient de déclarer inopérantes les dispositions gratifiant *illégalement*, sans même être frauduleuses, les personnes civiles que la loi interdit de gratifier ; mais il

serait excessif d'annuler les interpositions qui n'ont rien de contraire à la loi, même quand elles sont faites au profit de personnes futures. Toutes les interpositions au profit de personnes futures ne sont pas critiquables, nous croyons l'avoir démontré au cours de notre chapitre II ; admettre le contraire serait nier la possibilité légale de fonder testamentairement. Et nous verrons que la jurisprudence, en tirant partie de l'idée de charge, a maintes fois consacré cette distinction.

La jurisprudence valide l'interposition au profit de personne capable (1) ;

A moins toutefois que l'interposition, profitant à un établissement reconnu, n'ait eu pour raison d'être la volonté illicite d'éviter audit établissement l'autorisation gouvernementale imposée par l'article 910. Cass., 3 mars 1880. (*J. P.*, 1881, 1, 1076.)

Les *legs* au profit de personnes futures par personnes interposées sont au contraire nuls (2).

Et peu importe qu'il n'y ait pas eu concert frauduleux entre le testateur et la personne interposée (3).

(1) Limoges, 13 mai 1867 (S., 1867, 2, 314. *J. P.*, 1867, 1125. D., 1867, 2, 81). — Douai, 9 août 1847 (*J. P.*, 1847, 2, 264). — Cass., 14 avril 1885 (*J. P.*, 1886, 1, 513. S., 1886, 1, 212. D., 1886, 1, 300). — Bourges, 11 janvier 1887 (*J. P.*, 1890, 1, 1030. S. 1890, 2, 170. D., 1887, 2, 80).

(2) Cass., 18 mars 1859 (*J. P.*, 1860, 884. — S., 1860, 1, 346. — D., 1859, 1, 442). — Orléans, 3 avril 1846 (*J. P.*, 1846, 2, 383. D., 1846, 2, 90). — Pau, 24 juillet 1878 (*J. P.*, 1878, 1131. S. 1878, 2, 282).

(3) Cass., 6 août 1862 (*J. P.*, 1863, 200. S., 1862, 1, 773. D., 1862, 1, 436). — Cass., 20 juin 1888 (*J. P.*, 1890, 1, 277. S. 1890, 1, 118).

3° *Dispositions au profit de personnes incertaines.* — Pour parvenir à la gratification d'un être inexistant en droit, les testateurs ont soin, ou bien d'instituer un légataire apparent, simple agent de transmission, simple personne interposée, ou bien de désigner de façon imprécise le légataire dépourvu d'existence légale, de telle façon qu'il soit impossible aux ayants-droit comme aux juges, d'en vérifier la capacité, ou bien de combiner les deux procédés, celui de l'interposition, et de l'indétermination du légataire.

La jurisprudence n'est pas plus dupe du second subterfuge que du premier, et elle invalide aussi impitoyablement les dispositions au profit des légataires incertains que celles qui renferment une interposition de personnes. — Un tel système est pleinement justifié. Mais il faudrait se garder de lui donner pour base le principe qu'on ne peut faire de façon détournée ce qu'il est interdit de faire directement. Dire en effet que l'incertitude dans la désignation du légataire recouvre et a pour but de recouvrir l'incapacité de ce légataire, c'est présumer la fraude; or la fraude ne se présume pas; elle se démontre (1), et la personne incertaine doit être réputée capable jusqu'à ce que la preuve ait été faite de son incapacité.

— Toulouse, 5 mars 1827 (S. et J. P., 1827). — Nîmes, 14 janvier 1874 (J. P., 738. S., 1874, 2, 174. — Grenoble 8 décembre 1874, sous Cass., 15 décembre 1875 (J. P., 1877, 418. S., 1877, 1, 174. D., 1876, 1, 325). — Pau, 24 juillet 1878 (J. P., 1878, 1131).

(1) Douai, 9 août 1847 (J. P., 1847, 2, 261).

Ce qui constitue la base inébranlable de notre jurisprudence sur le legs au profit de légataires incertains, c'est cet autre principe que la désignation d'un légataire est de l'essence du legs, et qu'en conséquence, la désignation tout à fait insuffisante du légataire est un vice aussi essentiel, aussi dirimant, du legs, que l'absence complète de désignation.

La jurisprudence a perçu cette nuance; maintes fois en effet, les cours et tribunaux se sont reconnu le droit, affirmé d'ailleurs par la cour de cassation, de suppléer au défaut de détermination dans la mesure du possible et à la condition de ne pas sortir des intentions du testateur. Qu'est-ce à dire? sinon que la jurisprudence a considéré la détermination vague du légataire non comme une fraude, mais comme une omission, et sauf preuve contraire (1).

Parmi les nombreuses espèces infirmant les dispositions contenant une désignation insuffisante des légataires, nous mentionnerons les suivantes (2).

Le procédé consistant à combiner l'interposition de personnes et la détermination vague du légataire a été apprécié d'une façon variable par la jurisprudence. Et

(1) Bordeaux, 9 août 1814 (*J. P.*, 1814, chr.). Douai, 10 juin 1884. (*J. P.*, 1886, 1, 967). — Nancy, 30 juin 1888 (*J. P.*, 1889, 1, 86). — Trib. Seine, 15 janvier 1890 (*J. P.*, 1890, 1, 605).

(2) Aix, 5 juin 1809. — Cass., 12 août 1811. — Besançon, 6 février 1827. — (Voir *J. P.*, 1809, 1811, 1827). — Cass., 13 février 1836 (*J. P.* 1837, t. 2, p. 325). — Lyon, 13 février 1836 (*J. P.*, 1837, t. 2, p. 325). — Dijon, 1^{er} juin 1883 (*J. P.* 1885, 1, 985).

cela se conçoit de suite : le testateur qui a recours à ce moyen complexe institue nominativement et désigne de façon très précise un légataire capable, derrière lequel se trouve un bénéficiaire, existant en fait, non en droit. Deux solutions sont possibles en semblable hypothèse : ou bien l'on décidera que le bénéficiaire est en somme un véritable légataire incertain, dissimulé derrière un légataire apparent, que par conséquent le legs est nul ; ou bien l'on décidera que le bénéficiaire n'est pas un légataire, mais le bénéficiaire d'une charge, et le légataire, un légataire véritable, mais *sub modo* ; que par conséquent, et abstraction faite de toute autre cause de nullité, le legs est valable. En un mot, deux systèmes également convenables, justifiables ou non suivant les circonstances de la cause, se trouvent en présence, le système de la nullité de l'interposition, poussé avec rigueur et jusque dans ses conséquences les plus radicales, et le système de la validité de la charge, plus large et plus conciliant.

Comme applications du premier système nous mentionnerons les décisions suivantes (1).

(1) Cour d'appel de Liège, 21 décembre 1882 (*J. P.*, 1885, 2, 51). — Aix, 5 juin 1809 (S. et *J. P.*, 1809). — Cass., 12 août 1811 (S. et *J. P.*, 1811). — Cass., 8 août 1826 (S. et *J. P.*, 1826). — Besançon, 6 février 1827 (S. et *J. P.*, 1827). — Limoges, 20 décembre 1830 (S. et *J. P.*, 1830). — Douai, 15 décembre 1848 (S., 1849, 2, 537. *J. P.*, 1850, 1, 475. D., 1849, 2, 254). — Caen, 25 janvier 1869, sous Cass., 30 novembre 1869 (S., 1870, 1, 119. *J. P.*, 1870, 278. D., 1870, 1, 202). — Dijon, 1^{er} juin 1883 (S., 1885, 2, 175. *J. P.*, 1885, 1, 985). — Douai, 1^{er} mai 1894 (S. et *J. P.*, 1895, 2, 1. D., 1895, 2, 249).

On peut considérer comme se rattachant au même système hostile à l'idée de charge au profit d'incapables, les décisions suivantes (1).

De ces décisions il résulte que si l'institution d'un légataire universel avec charge au profit d'un incapable, apparaît d'après les faits de la cause comme purement fictive, que si cette institution semble avoir eu pour but exclusif d'empêcher l'action en nullité des héritiers du sang, cette action en nullité est recevable et le legs tombe aussi bien que la charge. Des décisions antérieures avaient au contraire reçu l'intervention et l'action en nullité des héritiers du sang, annulé en conséquence la charge au profit de l'incapable, mais maintenu le legs universel (2).

A notre avis l'action en nullité des héritiers est toujours recevable, sinon toujours fondée, qu'il s'agisse d'un legs réel ou fictif.

Parmi les décisions de la jurisprudence se rattachant au deuxième système et validant les dispositions faites à un légataire capable avec charge au profit de personnes incapables ou incertaines, nous relevons les arrêts ci-dessous (3).

(1) Cass., 1^{er} juillet 1889 et Toulouse, 2 janvier 1888 (S., 1890, 1, 195. *J. P.*, 1890, 1, 481. D., 1891, 1, 305). — Toulouse, 30 novembre 1852 (S., 1853, 2, 32. *J. P.*, 1853, 2, 563. D., 1854, 2, 168. — Limoges, 13 juillet 1870 (S., 1871, 2, 11. *J. P.*, 1871, 82).

(2) Cass., 12 août 1811 (S. et *J. P.*, 1811). — Aix, 6 juin 1809 (S., 1809).

(3) Cass., 4 juin 1883 (*J. P.*, 1884, 1, 553). — Bourges, 11 janvier 1887 (*J. P.*, 1890, 1, 1030. D., 1887, 2, 80, S. 1890, 2, 270). —

Dans ce système jurisprudentiel de la charge, le fiduciaire est un légataire, et le seul légataire, alors même qu'il ne devrait lui rester aucun émolument de la libéralité après l'accomplissement de la charge. Cass. 6 juillet, 1871, précité.

Nous devons signaler quelques applications particulières de la théorie jurisprudentielle de la charge.

a) Il y a lieu de mentionner tout d'abord un arrêt de la Cour de Douai du 29 novembre 1893 (D., 1894, 2, 599), lequel décide que si le legs principal devient caduc, la charge subsiste, et incombe à ceux qui profitent de la caducité. Nous nous permettons de dire que cette décision est fort critiquable : à notre avis, la charge de legs est personnelle, et non réelle ; si elle n'est pas exécutée par l'obligé, elle ne peut l'être, à titre supplétif, par un autre que lui, à moins de disposition contraire formelle : si par exemple le testateur déclare que la charge au lieu de tomber avec le legs, passera à celui qui profitera de la caducité, la charge subsistera certes ; mais ce que

Cass., 4 avril 1865 (*J. P.*, 1865, 385. S., 1865, 1, 162. D., 1865, 1, 210). — Toulouse, 29 décembre 1843 (*J. P.*, 1845, 1, 319). — Bordeaux, 19 août 1814 (*J. P.*, 1814). — Cass., 16 juillet 1834 (S. et P., 1834). — Cass., 13 juillet 1859 (S., 1859, 1, 653. *J. P.*, 1860, 211. D., 1859, 1, 322). — Angers, 22 juin 1887, sous Cass., 6 novembre 1888 (*J. P.*, 1890, 1, 609. Note de M. Labbé). — Lyon, 13 février 1836 (S., 1837, 2, 263. *J. P.*, 1837, 2, 325). — Rennes, 8 décembre 1856, confirmé par Cass., 10 novembre 1857 (S., 1858, 1, 140. *J. P.*, 1858, 942. D., 1858, 1, 79). — Lyon, 14 février 1862 (S., 1862, 2, 314. *J. P.*, 1862, 1098). — Nancy, 23 mars 1872, confirmé par Cass., 12 mai 1873 (S., 1874, 1, 114. *J. P.*, 1874, 271. D. 1873, 1, 401). — Cass., 6 juillet 1871 (S., 1871, 1, 163. *J. P.*, 1871, 453. D., 1871, 1, 343).

nous disons ici n'est que la confirmation de ce que nous venons de dire avant, car, dans cette dernière hypothèse, la charge, au lieu d'être déclarée personnelle au légataire simplement, est déclarée personnelle aussi, et subsidiairement, à celui qui prendra les lieu et place du légataire, en cas de caducité. Sur le caractère personnel de l'obligation du légataire sub modo : Cass. 17 mai 1809 (S. et J. P., 1809).

b) La théorie de la charge est appliquée par la jurisprudence aux legs que nous avons dénommés legs fondatifs, c'est-à-dire aux legs contenant charge de personnalisation d'une œuvre.

Nous verrons plus loin que la jurisprudence admet notamment la fondation par legs avec charge à personne civile, et qu'elle se reconnaît le droit de substituer à la personne civile incompétente désignée par le fondateur, une personne civile compétente.

Nous nous contenterons pour le moment de citer une seule décision de legs fondatif à personne civile, à raison de son extrême particularité. C'est un arrêt de la Cour de Lyon du 23 juillet 1886 (*Revue des établissements de bienfaisance*, 1887, p. 37). Il s'agissait dans l'espèce d'un legs fait à une administration hospitalière à charge de créer un établissement ou une association appelée à juger par arbitrage tous les procès qui leur seraient soumis. Ce legs fondatif a été déclaré nul, parce que la fondation était illicite dans son objet, et non pas parce qu'elle était illégale en la forme ; l'espèce nous paraît

d'autant plus intéressante, qu'elle présente un exemple assez bizarre de fondation d'association, et non plus seulement d'œuvre unitaire.

Mais il y a plus, la jurisprudence admet aussi que la fondation testamentaire puisse se faire par charge de legs à personne physique (1).

Ces décisions reposent sur l'idée de défaut de vocation héréditaire du bénéficiaire, et l'absence de lien de droit entre lui et le disposant ; pourvu que le légataire ou donataire sub modo soit capable, cela suffit ; la disposition est licite ; le juge n'a pas à se préoccuper de savoir quel est le bénéficiaire éventuel de la charge.

D'autres décisions validant également les fondations par charge à personne physique, font reposer leur déclaration de validité sur l'idée que l'œuvre future est appelée à être reconnue par la loi. Les biens sont valablement transmis, en tout ou partie, à la fondation à créer si elle est reconnue et quand elle l'aura été (2).

D'après ces décisions, l'article 906 est inapplicable ici parce que l'établissement ne tient pas ses droits du testateur, mais ne les tiendra que du légataire institué.

(1) Toulouse, 16 janvier 1864, confirmé par Cass., 4 avril 1865 (S., 1865, 1, 162. *J. P.*, 1865, 385. D., 1865, 1, 210). — Cass., 5 juillet 1886 (S. 1890, 1, 241. *J. P.*, 1890, 1, 609. D., 1886, 1, 465). — Cass., 6 novembre 1888 (S., 1890, 1, 241. *J. P.*, 1890, 1, 609. D., 1889, 1, 314). — Caen, 30 avril 1895 (*Gaz. des Tribunaux*, 3-4 juin 1895. *J. le Droit*, 1^{er} avril 1895. *J. la Loi*, 28 juin 1895). — Cass., 14 juin 1875 (*J. P.*, 1875, 1180).

(2) Cass., 8 avril 1874 (S. 1874, 1, 258. *J. P.*, 1874, 654. D., 1876, 1, 225. Fondation Rollin. Rapport de M. le conseiller Sallé).

Un jugement du tribunal de Lyon du 13 mai 1896 (J. le *Droit* 13-14 juillet 1896) rattache la fondation indirecte par donation modale à l'idée de stipulation pour autrui. Mais d'autre part, une jurisprudence très fournie sur les assurances (stipulations pour autrui) ne valide les clauses au profit de tiers bénéficiaires que si ces tiers bénéficiaires sont capables de recevoir à l'époque de la passation du contrat d'assurance.

III.—*Jurisprudence sur l'article 900 du Code civil.*— L'étude de la jurisprudence sur l'article 900 est indispensable ici, et trouve une place toute naturelle dans l'étude des fondations réalisées par acte modal, car, chaque fois qu'il se rencontre dans un acte gratuit un *modus* impossible, immoral ou illicite, la jurisprudence doit se demander et se demande effectivement si le *modus* en question est une simple condition au sens de l'article 900 ou un élément particulier et essentiel échappant à l'article 900. En un mot, les cours et tribunaux, appelés à apprécier la valeur juridique du *modus* inséré dans un acte gratuit, sont appelés par là même à discuter et à juger la question d'applicabilité ou de non applicabilité de l'article 900. Les cas sont fréquents et divers, d'où une grande multiplicité et une non moins grande variété de décisions jurisprudentielles sur le point particulier qui nous occupe ici même.

Et d'abord, des décisions ont déclaré que la révocation d'une donation ou d'un legs ne pourrait être demandée pour inexécution de la condition, que si la

volonté du testateur a fait de cette condition une condition absolue et irritante (1).

En ce qui concerne les donations, il est de jurisprudence on peut dire constante que l'inexécution des conditions, si elles étaient impulsives et déterminantes, donne lieu à révocation ; qu'il faut appliquer ici l'article 953 du Code civil et non l'article 900 (2). De nombreuses espèces ici mentionnées sont relatives à des dons aux communes pour des écoles accusant un caractère plus ou moins confessionnel. La loi du 30 octobre 1886 a, nous le savons, imparti aux intéressés un délai très court pour exercer leur action révocatoire. Mais l'intérêt des décisions relatées n'en reste pas moins très grand au point de vue juridique. Dans le sens de la révocation (3).

(1) Cass., 6 avril 1887 (*J. P.*, 1887, 1, 363. Rapport de M. le conseiller Demangeat).

(2) Cet article dispose : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude et pour cause de survenance d'enfants.

(3) Aix, 25 février 1880 (*J. P.* 1882, 1, 561. Note de M. Labbé). — Cass., 29 juillet 1889 (*J. P.*, 1890, 1, 253. S. 1890, 1, 104. D., 1890, 1, 396). — Cass., 3 novembre 1886 (*J. P.*, 1887, 1, 593). — Dijon, 22 janvier 1885, sous Cass., 22 juin 1887 (*J. P.*, 1887, 1, 599). — Cass., 28 juin 1887 (*J. P.*, 1889, 1, 244). — Dijon, 15 juillet 1886, sous Cass., 6 février 1886 (*J. P.*, 1888, 1, 375). — Cass., 8 juillet 1885 (*J. P.*, 1888, 1, 21). — Cass., 18 juin 1888 (*J. P.*, 1889, 1, 353. Note de M. Labbé. S., 1889, 1, 145. D., 1889, 1, 29). — Nîmes, 11 juillet 1881 (S. et *J. P.*, 1882, 1, 561). — Cass., 29 novembre 1892 (S. et *J. P.*, 1893, 1, 32. D., 1893, 1, 67). — Lyon, 25 février 1891, sous Cass., 15 avril 1893 (S. et *J. P.*, 1893, 1, 256. D., 1893, 1, 488). — Riom, 27 juin 1893 (S. et *J. P.*, 1893, 2, 220). — Chambéry.

IV. — L'inexécution de la charge de legs donne lieu à une action en révocation du legs ou même à une action en exécution de la charge :

Un arrêt de la cour de Grenoble du 16 mai 1842 (*J. P.*, 1845, t. 1^{er}, p. 161) décide que l'héritier du sang, même non réservataire, a qualité pour réclamer contre le légataire, l'exécution d'une charge intéressant l'honneur ou la mémoire du défunt ; mais que nul n'aurait qualité pour exercer cette action en exécution contre l'héritier légitime obligé par le défunt à pareille charge.

La charge peut être imposée, soit à l'héritier ab intestat, soit au légataire ; dans le premier cas, l'action en exécution appartient à l'exécuteur testamentaire s'il y en a un (1).

Ces dernières décisions reconnaissant l'action exécutoire de la charge même aux héritiers ab intestat nous paraissent reposer sur cette idée que ceux-ci sont les

7 juillet 1891 (S. et *J. P.*, 1892, 2, 147. D., 1892, 2, 137 et note de M. Planiol). — Paris, 3 juillet 1890 (S., 1891, 2, 74. *J. P.*, 1891, 1, 448). — Montpellier, 2 février 1891 (S. 1891, 2, 191. *J. P.*, 1891, 1, 1050). — Trib. Mont-de-Marsan, 22 décembre 1887 (S., 1883, 1, 196. *J. P.*, 1889, 1, 1001). — Cass. civ., 17 juillet 1883 (*J. P.*, 1884, 1, 769. Note de M. Labbé). — Cass., 3 juin 1863 (*J. P.*, 1864, 381. S., 1864, 1, 269). — Cass., 20 novembre 1878 (*J. P.*, 1879, 1074. S., 1879, 1, 413).

(1) Douai, 30 mai 1853 (*J. P.*, 1855, 1, 614. S., 1853, 2, 625. D., 1854, 2, 174). — Bordeaux, 23 juin 1856 (*J. P.*, 1856, 2, 550. S., 1857, 2, 180. D., 1857, 2, 62) ; dans le second cas, l'action en exécution appartient à l'exécuteur testamentaire ou à l'héritier ab intestat ; Paris, 10 juillet 1865 (*J. P.*, 1866, 726. S., 1866, 2, 189. D., 1865, 2, 190). — Grenoble, 16 mai 1842 (*J. P.*, 1845, 1, 161. S., 1843, 1, 279). — Caen, 27 juin 1868 (*J. P.*, 1869, 693. S. 1869, 2, 140). — Toulouse, 21 mars 1888 (*J. la Loi*, 3 mai 1888).

représentants de la personne du défunt. Nous croyons plus volontiers que l'action exécutoire ne leur appartient pas de plein droit, mais seulement si elle leur est expressément *transmise* par le testateur ; qu'alors ils succèdent à un droit du testateur, et non à sa personne même.

Les héritiers ont l'action exécutoire de la charge, et l'action révocatoire du legs pour inexécution de la charge. Caen, 27 juin 1868 (S. 1869, 2, 140. *J. P.*, 1869, 693). Le même arrêt décide qu'il peut être accordé par les juges un délai au légataire actionné, et ce, par application analogique de l'article 1184 du Code civil.

L'action exécutoire appartient au bénéficiaire de la charge stipulée à son profit (1).

Mais le bénéficiaire n'aurait pas qualité, n'y ayant pas intérêt, pour exercer l'action révocatoire du legs concernant la charge. Cass., 19 mars 1855 précité.

Un aperçu assez sommaire nous a permis de nous rendre compte de la façon dont la jurisprudence a cru devoir adapter la législation civile actuelle sur les dons et legs aux dispositions portant création ou gratification directe ou indirecte de personnes civiles, et spécialement de fondations.

(1) Cass. req., 8 avril 1874 (*J. P.*, 1874, 654. Rapport de M. le conseiller Sallé. Fondation Rollin). — Cass., 19 mars 1855 (S., 1855, 1, 648. *J. P.*, 1855, 1, 594. D. 1855, 1, 297). — L'inexécution de la charge pourrait même donner lieu à des dommages intérêts au profit du bénéficiaire. Cass., 23 avril 1817 (S. et *J. P.*, 1817).

Avant d'examiner dans une deuxième section, sous le point de vue des règles du droit public, la jurisprudence concernant les mêmes dispositions, nous ferons un bref résumé de cette première étude :

Article 893. — 1° On peut disposer de ses biens à titre gratuit autrement que sous les formes solennelles de la donation et du testament. 2° Les donations déguisées sous forme de contrat onéreux sont valables (jurisprudence assez divisée sur ce point). 3° L'existence d'un bénéfice est essentiel à la donation, non au legs.

Article 906. — 1° Toute disposition directe au profit de personne civile non reconnue est nulle, et peu importe que cette personne soit ultérieurement reconnue (Contrà, Conseil d'Etat). 2° Une disposition indirecte au profit de personne incapable, souvent déclarée nulle par la jurisprudence pour interposition, a souvent aussi été validée grâce à la théorie jurisprudentielle de la charge, et quand il a été possible de décider que cette charge était une véritable charge, non un legs secondaire. 3° Les désignations absolument incertaines de légataire rendent la disposition nulle.

Théorie de la charge de don ou de legs. — 1° La charge paraît avoir été plus souvent considérée par la jurisprudence comme une charge réelle, que comme une obligation personnelle. 2° Le bénéficiaire a l'action exécutoire de la charge, non l'action révocatoire de la disposition ; l'héritier et l'exécuteur testamentaire ont l'action exécutoire et l'action révocatoire. 3° La charge

de fondation est valable même quand elle grève une personne physique. 4^o La charge, si elle est condition impulsive et déterminante, peut donner lieu à révocation de la disposition, ou à caducité du legs, et l'article 900 doit alors être écarté.

SECTION II

Droit Public

Nous avons reconnu l'existence et nous avons formulé la définition de quatre principes de droit public intéressant le problème de la personnalité civile et particulièrement le problème des fondations personnalisées (Chapitre II. Section II).

Nous devons faire remarquer quant à présent que de ces quatre règles de droit public, deux d'entre elles, la règle de la neutralité, et celle de l'autorisation, sont formellement inscrites dans nos lois, et sont par conséquent admises sans difficulté par la jurisprudence. La règle de l'autorisation des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique est posée notamment dans les articles 910 et 937.

Quant à l'existence de la règle de la neutralité, elle ne pourrait plus être mise en question : elle a été affirmée par exemple pour les hospices, bureaux de bienfaisance et autres établissements charitables publics ; elle a été très explicitement confirmée, en ce qui concerne les établissements publics d'instruction, par la loi du

30 octobre 1886. Il n'y a de décisions diverses en cette matière que sur des cas spéciaux où la règle de la neutralité n'a pas été violée d'une façon positive et certaine ; ce qui est discuté alors, c'est, non pas la question de savoir s'il y a une règle de la neutralité, mais celle de savoir si cette règle de la neutralité a été ou non violée ; Exemple : possibilité pour la commune de subventionner une école libre depuis la loi de 1886 (1).

Il importe donc uniquement de savoir si les deux autres règles régissant la personnalité civile, celle de la reconnaissance légale et celle de la spécialité ont été unanimement reconnues par nos tribunaux comme des règles positivement législatives.

En ce qui concerne la règle de la reconnaissance légale des établissements d'utilité publique, nous avons vu que la jurisprudence, faisant application aux personnes civiles de l'article 906, et déclarant que seules, pouvaient recevoir les personnes juridiquement existantes, avait été amenée par la force des choses à prendre pour pierre de touche, pour justification obligatoire de l'existence juridique, l'acte de reconnaissance légale. Il n'en pouvait être autrement : on ne peut pas prouver l'existence d'une association, comme celle d'une personne physique, par acte de naissance et certificat de

(1) Trib. Mont-de-Marsan, 22 décembre 1887 (S., 1889, 2, 196. *J. P.*, 1889, 1, 1001). — Trib. Meaux, 2 mai 1888 (*J. la Loi*, 29 juin 1888). Montpellier, 2 février 1891 (S., 1891, 2, 191. *J. P.*, 1891, 1, 1050).

vie ; la seule pièce démontrant authentiquement l'existence d'une telle personne civile, à moins d'exceptions telles que celles expressément formulées pour les syndicats professionnels par la loi du 21 mars 1884, c'est l'acte de reconnaissance légale, le décret d'utilité publique (1).

Le principe de la spécialité a obtenu plus difficilement l'adhésion et l'approbation des corps judiciaires. Il n'est d'une part écrit dans aucun texte de loi ; d'autre part, il est d'une valeur juridique et rationnelle discutable. Aussi les appréciations jurisprudentielles ont-elles varié à son égard.

Jurisprudence administrative

De très bonne heure, l'administration et les tribunaux administratifs ont conçu et appliqué la théorie de la spécialité (2).

La jurisprudence administrative devait, il est vrai,

(1) Le principe de la reconnaissance légale est implicitement contenu dans quelques textes législatifs, par exemple article 11, loi 12 juillet 1885 relative à la liberté l'enseignement supérieur.

(2) Avis du Conseil d'Etat du 6 juillet 1813. Circulaire du ministre de l'intérieur du 22 juillet 1814 (*Recueil des circ. et instr. min. int.*, 1790 à 1830, t. II, 16). — Ordonnance du 2 avril 1817 (notamment article 3). — Avis du Conseil d'Etat du 20 décembre 1820 (*Revue générale d'administration*, 1881, 3, 31). Avis Conseil d'Etat, 15 janvier 1837 (même revue, 1881, 3, 32). — Avis Conseil d'Etat, 12 avril 1837 (Répertoire Durieu et Roche, v° Libéralités, n° 20).

subir en la forme quelques modifications ; c'est ainsi que vers 1841, elle appliquait d'une façon particulière le principe de la spécialité, en décidant que si un établissement incompetent avait été gratifié, l'acceptation devait être faite conjointement, et par l'établissement incompetent, et par l'établissement compétent, et plus tard, que si les deux établissements étaient compétents également, l'acceptation devait aussi être faite conjointement par ces deux établissements. Ce système en vérité peu juridique de l'acceptation conjointe, imaginé pour atténuer les conséquences rigoureuses, mais logiques, du principe de la spécialité, n'en contient pas moins l'affirmation et le maintien de ce principe (1).

Un système également mixte fut depuis adopté : L'établissement institué, capable, mais non positivement compétent, devait rester dépositaire et administrateur des titres et sommes légués, mais l'établissement compétent, représentant légal du service véritable destinataire, était autorisé par le décret à accepter le « bénéfice ». Ce système tendait à ménager autant que possible l'établissement incompetent, mais il nous semble bien qu'il ne révoquait pas en doute le principe de la spécialité (2).

(1) Avis du Conseil d'Etat, 4 mars 1841 (*Rev. gén. adm.*, 1881, 3, 33). — Avis Conseil d'Etat, 30 décembre 1846. — Avis Conseil d'Etat, 24 janvier 1863 (*Bull. off. min. int.*, 1863, p. 319). — Avis Conseil d'Etat, 10 juin 1863 (*Mém. des Percept.*, 1867, p. 337). — *Circ. min. int.*, 18 mai 1894 (*Bull. off. min. int.*, 1894, p. 155).

(2) Avis Conseil d'Etat, 27 février et 6 mars 1873 (*D.*, 1873, 3, 97). — Avis Conseil d'Etat, 24 juillet 1873 (*D.*, 1873, 3, 98). — Avis

En 1881, un revirement se produit : on ne ménage plus l'établissement incompetent, et on se borne à une stricte application de la règle de la spécialité (1).

Mais, en même temps, l'administration, dont les décisions, comme nous le verrons ultérieurement, sont sur ce point homologuées par les tribunaux judiciaires, a recours à un système qui lui permet de tirer le plus possible effet utile des legs charitables contenant institution d'établissement incompetent : l'administration déclare que, si les termes du testament ne s'y opposent pas, l'établissement compétent, mais non nominativement institué, sera habilité à accepter la libéralité aux lieu et place de l'établissement expressément institué, mais incompetent (2).

Cette substitution de l'établissement compétent à l'établissement incompetent institué n'aura pas lieu, si elle

Conseil d'Etat, 27 novembre 1879. — Av. sect. int. C. d'Etat, 7 juillet 1874 (Tissier, t. 1, n° 234, p. 571, note). Projet de décret et note 27 juillet 1881 (Notes de jur. C. d'Etat, p. 172).

(1) Av. C. d'Etat, 13 avril 1881 (S. lois annotées de 1882, p. 357. *J. P.*, Lois et décrets de 1882, p. 581. D., 1882, 3, 22). Av. C. d'Etat, 13 juillet et 2 décembre 1881 (*J. P.*, Lois et décrets, 1882, p. 580 et s.). — Av. C. d'Etat, 22 mai 1885 (*J. P.*, administratif, 1885). — Projet de décret, 25 janvier 1881. — Projet de décret et note C. d'Etat, 17 février 1883 (Note, sect. int. C. d'Etat). Note sect. int., 21 mai 1890 (Notes de jur. C. d'Etat, p. 176). Avis C. d'Etat, 4 mai 1881 (Notes de jur. C. d'Etat, p. 144). — Avis C. d'Etat, 8 avril 1886 (Notes de jur. C. d'Etat, p. 145). — Projet de décret et note sect. int. Cons. d'Etat, 13 février 1886. — Projet de décret et note, 10 mars 1888. Note 14 mai 1890 (Notes de jur. C. d'Etat, p. 210).

(2) Projet de décret, 25 janvier 1881, précité. — Projet de décret 17 février 1883, précité. — Note 15 juillet 1885. — Note 21 mai 1890. Projet de décret et note 17 mars 1891 (Notes de jurispr., p. 176).

est contraire aux intentions expresses du testateur. Projet de décret et avis C. d'Etat, 6 mai 1891. (Notes de jurispr., C. d'Etat, p. 176.)

Il convient de dire que ce système de la substitution était appliqué dès 1820, et jusqu'en 1837, c'est-à-dire à l'époque de la formation de la théorie de la spécialité. Avis C. d'Etat, des 20 décembre 1820, 15 janvier et 12 avril 1837 précités.

Jurisprudence judiciaire.

Sur le principe de la spécialité, la jurisprudence des tribunaux et cours présente un caractère d'assez grande diversité. Il s'est établi dans cette jurisprudence un courant favorable à la spécialité, et un courant qui lui est contraire (1).

(1) Décisions contraires à la spécialité : Cass., 18 mai 1852 (S., 1852, 1, 524. J. P., 1852, 2, 98. D., 1852, 1, 137). — Bourges, 2 juin 1892. sous Cass., 26 mai 1894 (S. et J. P., 1896, 1, 429. D., 1895, 1, 247). — Bourges, 9 mars 1874 (S., 1874, 2, 139. J. P., 1874, 605). — Amiens, 6 février 1893. (S. et J. P. 1893, 2, 253. D., 1893, 2, 67). — Trib. Dunkerque, 28 mars 1878 (S., 1879, 2, 327. J. P., 1879, 1289. D., 1880, 3, 55). — Trib. Pontoise, 24 juin 1886. (*Rev. des Étab. de Bienf.*, 1886, p. 274). Cass., 31 janvier 1893 (S., et J. P., 1893, 1, 345. D. 1893, 1, 513) et sur renvoi Chambéry, 21 juin 1893 (S. et J. P. 1894, 2, 424). — Amiens, 16 février 1893 (S. et J. P., 1893, 2, 253). — Cass., 8 janvier 1896. (D. 1897, 1, 430). — Toulouse, 9 août 1864 (S. et J. P., 1895, 2, 77. D., 1897, 1, 431).

Décisions favorables à la spécialité : Cass., 14 juin 1875 (S., 1875, 1, 467. J. P., 1875, 1180. — D., 1876, 1, 432). — Trib. Nantes, 23 février 1885 (*Rev. des Étab. de Bienf.*, 1885, p. 207). — Toulouse, 14 janvier 1880, sous Cass., 8 août 1881 (S., 1882, 1, 453. J. P.,

Le système de la substitution de l'établissement compétent à l'établissement incompétent institué à été admis notamment dans les décisions suivantes : Cass. 14 juin 1875. — Cass. 6 août 1895. — Amiens, 26 décembre 1894. — Douai, 11 février 1845. — Dijon, 14 mai 1879. — Toulouse, 4 novembre 1890. — Riom, 11 juin 1895. — Paris, 23 janvier 1891. — Chambéry, 10 décembre 1894. Précitées.

Mais lorsque l'institution de l'établissement incompétent a paru exclusive, et lorsque cette institution exclusive a paru la condition impulsive et déterminante de la libéralité, l'application du système de la substitu-

1882, 1, 367. D., 1882, 1, 221). — Cass. 6 août 1895 (D., 1896, 1, 322). — Amiens, 26 décembre 1894 (D., 1896, 2, 75). — Douai, 11 février 1845 (S., 1845, 2, 273. J. P., 1845, 1, 593. D., 1845, 2, 59). — Trib. Lyon, 18 mai 1895 (*Rev. des étab. de bienf.*, 1895, p. 345). — Limoges, 28 janvier 1889 (S., 1891, 2, 151. J. P., 1891, 1, 877). — Riom, 11 juin 1895 (S., et J. P., 1895, 2, 295. D., 1897, 2, 49). — Trib. Lodève, 31 juillet 1890 (*Rev. des étab. de bienf.*, 1891, p. 106). — Trib. Seine, 29 janvier 1891 (*J. de Droit*, 22 février 1891. *Gaz des Tribunaux*, 5 avril 1891). — Trib. Seine, 4 décembre 1896 (*J. de Droit*, 31 décembre 1896). — Paris, 23 janvier 1891 (S., 1891, 2, 206. J. P., 1891, 1, 1193. D. 1891, 2, 342). — Chambéry, 10 décembre 1894 (S. et J. P., 1896, 2, 14. D., 1895, 2, 291). — Douai, 27 décembre 1893 (*Rev. des étab. de bienf.* 1894, p. 142). — Lyon, 28 avril 1896 (*Gaz du Palais*, 15-16 juillet 1896. *J. de Droit*, 10-11 août 1896). — Trib. Marseille, 1^{er} mars 1900 (*Mém. des percepteurs*, 1890, p. 498. *Rev. des ét. de bienfais.*, 1891, p. 46). — Paris, 27 juillet 1897 (*J. le Droit*, 13 octobre 1897). — Trib. Seine, 3 juin 1893 (D., 1894, 3, 485). — Rennes, 3 novembre 1891 (*J. des cons. de fabr.*, 1890, p. 240. *Rev. gén. d'adm.*, 1892, 1, 240). — Dijon, 11 juin 1896 (*Gazette du Palais*, 1-2 novembre 1896). — Grenoble, 18 avril 1889 (S., 1891, 2, 145. J. P., 1891, 1, 857. D., 1893, 1, 513).

tion a été déclarée impossible, et la disposition a été frappée de caducité (1).

L'examen et la nomenclature que contient ce chapitre permettent de se rendre compte : 1° des conditions requises d'une façon générale, par la jurisprudence, pour la validité des fondations ; 2° de la concordance relative se trouvant exister entre le système jurisprudentiel et celui que nous avons exposé dans notre chapitre II.

I. Conditions requises pour la validité des fondations.

— Il n'y a certes pas unanimité dans les décisions de la jurisprudence qui peuvent intéresser les fondations personnalisées. Cette unanimité est présentement impossible dans une matière aussi incertaine que la nôtre, et ne saurait être espérée que lorsque le législateur produira enfin une loi organique des fondations. Mais après étude faite, soit de la jurisprudence générale sur les dons et legs, et sur les personnes civiles, soit de la jurisprudence spéciale aux fondations, on est en mesure de déclarer que les tribunaux et l'administration admettent explicitement ou implicitement la personnalisation des fondations par voie directe ou oblique. La fondation directe est possible entre-vifs ; la fondation

(1) Agen, 16 novembre 1891 (D., 1893, 2, 213). — Paris, 27 juillet 1897 (*J. le Droit*, 13 octobre 1897). — Trib. Rouen, 19 mai 1890 (*Rev. des étab. de bienf.*, 1890, p. 238). — Trib. Nantes, 23 février 1885 (*Même revue*, 1885, p. 207). — Trib. Pontoise, 24 juin 1886 (*Même revue*, 1886, p. 274). Trib. Lyon, 25 janvier 1889 (*J. le moniteur judiciaire de Lyon*, 8 mai 1889).

indirecte est possible entre vifs et testamentairement.

Spécialement, il est possible de fonder par testament sans que le légataire choisi pour intermédiaire tire un bénéfice du legs fondatif ; le légataire, qui peut être personne civile ou personne physique, est grevé d'une charge pouvant constituer un mandat obligatoire, et même impulsif et déterminant, ou un simple mandat d'honneur, mandat valable bien qu'imposé au profit d'une personne future. Cette personne n'ayant pas la vocation héréditaire par rapport au testateur, peu importe qu'elle soit future, dès lors qu'on ne dissimule pas son incapacité sous une désignation incertaine, ou derrière un intermédiaire destiné exclusivement à jouer le rôle d'interposition.

Lorsque l'intermédiaire désigné comme légataire est une personne civile, le legs fondatif sera nul : 1° si la personne civile, incompétente, ne peut être remplacée par un établissement compétent ; 2° si le corps moral institué légataire n'était pas reconnu lors du décès du fondateur ; 3° si le légataire, établissement public, reçoit sous une condition impulsive et déterminante, une mission contraire au principe de la neutralité.

Enfin, le legs fondatif sera caduc, si la personne civile intermédiaire n'est pas dûment autorisée à accepter par les pouvoirs publics à ce qualifiés.

II. *Concordance relative du système jurisprudentiel et du système exposé au chapitre II.* — A la question

de savoir si et comment la personnalisation des fondations était possible dans notre droit français actuel, nous avons cru pouvoir apporter dans notre chapitre II une réponse qui, en somme, concorde avec celle que nous fournit l'étude de la jurisprudence. Nous avons conclu, comme la jurisprudence, à la possibilité de fonder, de fonder jusqu'à la personnalisation, par don direct et par don ou legs indirect à personne physique ou civile (1). Les conditions spéciales requises à peine de nullité ou de caducité par la jurisprudence nous ont paru à nous aussi nécessaires. Comme la jurisprudence, nous avons cru pouvoir déclarer que dans la fondation indirecte par legs, l'existence d'un bénéfice, pour le légataire n'était pas une condition essentielle à la validité de l'acte fondatif. Comme la jurisprudence enfin, nous avons cru voir que le principe prohibitif des gratifications aux personnes futures, applicable aux fondations pour les gratifications directes testamentaires, n'était pas nécessairement applicable aux fondations réalisées obliquement par testament ou directement par don entre-vifs.

L'analyse qui nous a permis de formuler nos conclusions ne coïncide pas avec celle qui a été faite par la jurisprudence; elle en diffère très sensiblement sur de très nombreux points. Mais peu importe: nous sommes

(1) La fondation entre vifs par disposition indirecte nous a paru néanmoins d'une valeur, non point seulement pratique, mais aussi juridique, très contestable.

actuellement autorisés à affirmer que, dans notre droit français, la fondation personnalisée est admise. Et nous avons ainsi trouvé la solution du dernier problème que nous nous étions posé dans cette brève étude des faits qui compose la première partie de cet essai.

DEUXIÈME PARTIE

Problème de la personnalité (1).

Dans une première partie, nous avons vu que la personnalisation des fondations était, sous certaines conditions, possible en fait et en droit positif. Nous devons maintenant rechercher si cette personnalisation est conciliable avec le droit que nous conviendrons d'appeler rationnel, c'est-à-dire avec l'ensemble des principes juridiques pris en eux-mêmes et envisagés sous un point de vue exclusivement théorique. — La question n'est plus de savoir si la fondation *a pu* ou *peut être* une libéralité pour une œuvre ou une libéralité à une œuvre, mais bien, si la fondation doit être l'une ou l'autre libéralité, ou tantôt l'une tantôt l'autre.

(1) Nous nous faisons un devoir de rendre ici un hommage de respectueuse sympathie et de reconnaissance à notre savant professeur et président de thèse M. Larnaude, dont le cours de droit public (année 1898-1899) contient une très intéressante étude sur la personnalité juridique, et sur les fondations personnalisées.

Un tel problème ne saurait être abordé qu'après étude des principes généraux sur la personnalité juridique des sujets de droits physiques et des corps moraux (1).

(1) Voir sur ces points ROGUIN, *Étude de science juridique pour la règle de droit*. — Etudes de M. SALEILLES, sur la personnalité civile dans le nouveau Code allemand, *Bulletin mensuel de la Société de Législation comparée*, années 1899 et 1900. — BERTHÉLEMY. *Droit administratif*. — PLANIOL. *Droit civil*.

Au moment où ces pages vont s'imprimer, nous prenons connaissance d'une étude de M. MICHOUX sur la personnalité morale (*Revue de droit public*, 1899, XI) ; nous sommes flattés de constater la concordance sensible de notre système avec celui d'un auteur aussi compétent.

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA PERSONNALITÉ

SECTION PREMIÈRE

Personnalité des êtres physiques

Au premier rang des entités juridiques, des sujets de droit, se distinguent les individus humains. Dans les sociétés rudimentaires, quelques-uns d'entre eux seulement sont dotés de la plénitude de la personnalité, alors que les autres sont considérés comme des êtres purement matériels et physiques, et par conséquent juridiquement inapts, ou tout au plus comme des sujets de droit de second ordre, partiellement capables. Dans les sociétés organisées, tout homme, même l'enfant, même le fou, est pourvu de droits et personnalisé. — Le fait même de la coexistence, dans une même société, d'une pluralité d'individus détermine entre eux un ensemble de rapports psychologiques de nature spéciale, régis par la législation ou la coutume de chaque pays,

ou même par des règlements internationaux, qui créent pour les uns vis-à-vis des autres des droits et des devoirs corrélatifs, et qui donnent ou peuvent donner également naissance pour chacun à toute une série de droits sur les choses, se résolvant toujours, en dernière analyse, en un pouvoir sur autrui. C'est l'aptitude à être sujet de ces droits ou de ces obligations qui constitue pour un individu sa personnalité ; c'est ce qui lui fait donner le nom de personne juridique.

Le caractère premier de tous les phénomènes d'ordre juridique, et de tous les sujets qui en sont la cause, l'occasion, l'effet directs, c'est d'être uniquement abstraits, de constituer de purs concepts, d'être à la portée et sous la perception de l'intelligence, mais d'échapper complètement aux sens. C'est pour avoir oublié ou méconnu cette nature supra-sensible des droits et des obligations juridiques qu'on a attribué fréquemment dans les législations primitives, et qu'on attribue encore dans la pratique, aux droits dits réels, au droit de propriété particulièrement, un aspect de matérialité qu'il ne saurait évidemment avoir. S'il est clair que les droits personnels, tels que les droits du prêteur, et les obligations corrélatives, telles que les obligations de l'emprunteur, constituent des relations abstraites entre l'un et l'autre contractant, il est non moins clair que le rapport de droit existant entre le propriétaire et la chose appropriée est une relation également abstraite : le droit de propriété se résout

pour le propriétaire dans un droit d'user, d'abuser, de disposer entièrement de sa chose, c'est-à-dire dans la possibilité légale pour lui de déterminer sa volonté vers l'accomplissement sur sa chose de tel ou tel acte physique, ou de telle ou telle opération juridique (vente, louage...); mais ce droit de propriété ne fait nullement corps avec les différents actes physiques qu'il peut ainsi déterminer indirectement; quand un individu, propriétaire d'un domaine, se détermine à apporter à ce domaine un changement d'affectation physique (amélioration physique, plantation, exploitation), cet acte de détermination est la mise en exercice de son droit de propriété, c'est l'opération juridique; quand il procède au contraire au changement d'affectation (amélioration, plantation, exploitation), ils accomplit un acte purement physique, matériel, qui ne peut en aucune manière être confondu avec l'opération juridique qui l'a précédé. Le droit de propriété est donc une abstraction, non une matérialité.

Il y a plus, et nous l'avons laissé entendre plus haut, le droit de propriété, les différents droits réels, se résolvent, s'analysent en une relation d'individu à individu, et non d'individu à chose. Supposons un homme isolé sur un vaste territoire, soustrait à toute communication avec ses semblables, et avec les sociétés que ses semblables composent: dira-t-on de lui qu'il est propriétaire du domaine qu'il occupe matériellement et dont il jouit physiquement? Non évidemment; l'exis-

tence d'un homme unique est exclusive de l'idée de droit ; le droit, par essence, c'est la règle qui commande les rapports des hommes entre eux conformément à la notion de justice ; un rapport ne peut se former qu'entre deux sujets au moins ; un seul individu ne peut se dire titulaire d'un droit ni être déclaré titulaire d'une obligation ; rien ne lui est dû et il ne doit rien.

Une seule raison pourrait faire douter du principe que les relations juridiques sont d'ordre exclusivement abstrait : c'est que, dans une société organisée, le mépris de la part de l'un des individus du droit judiciairement reconnu d'un autre peut donner lieu à une sanction prenant fin en somme dans l'accomplissement d'un acte physique ; ce qui pourrait permettre de dire que tout droit se résout en une action physique et matérielle, laquelle rentre évidemment dans le domaine des phénomènes juridiques. Cette raison pourrait être prise en considération, si elle ne reposait pas sur une confusion semblable à celle qui est faite entre le droit de propriété et l'acte de propriétaire. Un rapport juridique est né entre deux individus, et a déterminé l'obligation de de l'un envers l'autre ; l'obligé ne s'acquitte pas, sa dette est reconnue en justice ; il ne s'exécute pas, on exécute alors, on vend ses biens, et il en est physiquement dépossédé. Que s'est-il passé depuis la reconnaissance en justice de la relation de droit liant les deux individus ? Les pouvoirs compétents ont sanctionné la relation, et rendu exécutoire l'obligation du débiteur ; ils se sont

déterminés par un acte psychologique consigné dans la décision de justice ; c'est cet acte juridique et psychologique qui constitue la sanction. Les actes postérieurs, consistant dans l'exécution physique de la détermination prise, sont la conséquence, non la partie intégrante de cette détermination.

Bref, les phénomènes juridiques sont exclusivement psychologiques ; et de même, les individualités, qui sont la base et le substratum de ces phénomènes, sont psychologiques : dans l'homme, ce qui sert de base au sujet de droit, à la personne juridique, c'est l'entité psychique. Les sujets de droit peuvent être déterminés vers des actes juridiques par des faits d'ordre physique ; les droits et leurs sanctions peuvent avoir sur eux des conséquences physiques ; mais ce sont là des faits, n'ayant que des relations indirectes avec le droit, et n'en faisant pas partie (1). Il serait, suivant nous, inconcevable que les rapports de droit, qui sont créés par les hommes eux-mêmes, soient l'œuvre de ce qu'il y a de physique chez eux ; les rapports de droit étant, comme nous venons de le voir, des relations psychologiques, ne peuvent être créés que par des agents psychiques. D'ailleurs, si l'on admet que l'homme présente la combinaison d'une nature physique et d'une nature morale,

(1) Les rapports indirects des phénomènes juridiques avec les phénomènes physiques sont très explicables, puisqu'ils ont pour résultat voulu d'attribuer à chaque individu un pouvoir sur les choses, et un pouvoir sur l'activité physique aussi bien que sur l'activité intellectuelle de ses semblables.

comment les fonctions d'ordre moral pourraient-elles être accomplies par les organes physiques, contrairement à leurs finalités ? comment concevrait-on que ces fonctions soient le produit d'un instinct, ou d'un mouvement mécanique quelconque (1) ?

L'individu humain étant considéré comme une personne de droit, constituant à ce point de vue une notion abstraite, quels sont les éléments essentiels constitutifs de sa personnalité juridique ? En d'autres termes, quelles conditions et quelles aptitudes doit-il réunir pour pouvoir être titulaire de droits ? En d'autres termes encore, quelle est la définition de l'homme en tant que sujet de droit ?

La question générale ainsi posée doit être soigneusement distinguée du problème particulier de la capacité qui consiste à déterminer sous quelles conditions ou dans quelles circonstances un être juridique a qualité pour être titulaire de tel ou tel droit spécial. Nous ne devons pas en un mot nous préoccuper ici de savoir à

(1) Nous supposons au cours de ces analyses que l'existence chez l'homme de facultés intellectuelles et volitives n'est pas contestée. Nous sortirions des cadres d'une étude juridique si nous nous livrions à une démonstration de ces théories qui forment, à notre avis, les assises du droit, du droit pénal surtout, mais n'en font point partie. — Nous croyons d'autre part que la personnalité juridique pourrait être démontrée et théorétisée, d'une façon analogue, si on la faisait reposer sur les doctrines psychologiques autres que celles de l'intelligence et du libre arbitre, mais qu'il serait difficile toutefois de la constituer en bonne logique sur les bases d'une doctrine exclusivement déterministe ou matérialiste.

quelles conditions variables on peut prétendre à un droit déterminé, mais à quelles conditions constantes on doit satisfaire pour pouvoir être le sujet d'un droit quelconque, le moins étendu, le plus élémentaire fût-il.

Pour pouvoir être sujet de droit, il faut avoir une raison de l'être, et il faut avoir aussi la possibilité, la capacité de le devenir (1). Cela paraît bien évident. Mais, quelle raison l'être physique pourrait-il avoir d'être sujet de droit, sinon un intérêt justifié ? Et comment pourrait-il posséder la possibilité, la capacité de devenir sujet de droit, s'il n'est pas suffisamment doué pour pouvoir passer des actes juridiques, c'est-à-dire pour concevoir et percevoir des relations abstraites, et contracter, soit à son profit, soit à sa charge, les liens psychologiques qui résultent des rapports de droit, — si, en un mot, il n'est pas intelligent et libre ?

Quelques exemples feront mieux saisir la portée de ces propositions un peu générales, et comprendre que l'intelligence et la volonté sont nécessaires à l'être physique pour qu'il puisse être sujet de droit.

Un sujet de droit, pour être tel, pour devenir titulaire d'un droit quelconque, doit pouvoir acquérir ce droit, en user, l'aliéner même. Or, pour acquérir un droit, soit

(1) Peu importe que cette condition de possibilité de capacité ne soit satisfaite que grâce au concours d'un représentant, comme nous le verrons plus loin. Dès lors qu'un sujet de droit a *une raison d'être*, et qu'il est susceptible d'une organisation *juridique* convenable, peu importe la nature de cette organisation ; il faut l'admettre.

par succession, soit par contrat, soit par occupation, soit par prescription, il faut, dans tous les cas, consentir à cette acquisition, et être à même de manifester extérieurement son consentement. De même, l'usage, l'exercice, nous ne disons pas la jouissance, d'un droit réel tel qu'un droit de propriété, ou d'un droit personnel, tel qu'un louage de services, impliquent l'intelligence et la volonté. Quant à l'aliénation de tout droit, elle suppose aussi nécessairement et aussi évidemment les mêmes facultés intellectuelles.

Bref, si l'on considère que la volonté présuppose l'intelligence, que la faculté de se déterminer entre deux idées présuppose la faculté de concevoir ou de percevoir ces deux idées, on peut réduire à deux les conditions requises chez l'être humain, en tant que sujet de droit ; 1^o l'élément-intérêt ; 2^o l'élément-volonté.

L'homme normal réunit ces deux conditions : 1^o Il est évident qu'il a un intérêt justifié à être juridiquement personnalisé : que si des rapports de droit n'existaient pas entre lui et ses semblables, mais seulement des relations de fait, l'état d'anarchie ainsi supposé serait intenable ; que l'état social seul lui assure la faculté d'exister et de remplir sa finalité ; 2^o Quant à l'élément-volonté, nous avons posé plus haut comme postulatum qu'il se rencontre chez l'homme.

Dans les législations positives, tout au moins dans les législations suffisamment formées, on admet au rang de personnes juridiques, et cela de manière constante, les

enfants et les fous. Cette extension de la personnalisation à des êtres dont les facultés intellectuelle et volitive sont insuffisamment développées ou atrophiées, n'est-elle pas contraire aux principes de raison qui semblent exiger la présence, chez tout sujet de droit, de l'élément-volonté aussi bien que de l'élément-intérêt ? La raison de douter est assez forte : d'une part la persistance du fait que, dans les législations positives, l'enfant et le fou sont des êtres juridiquement personnalisés peut faire croire à sa nécessité rationnelle ; si la personnalisation des êtres humains imparfaits a été admise de façon constante dans toute civilisation avancée, c'est peut-être qu'elle n'est pas discutable. D'autre part, il paraît fort raisonnable de ne reconnaître à un sujet la qualité de sujet abstrait de droit, que s'il est capable de percevoir des rapports d'abstraction ; il semble se trouver là une sorte d'antinomie, une contradiction entre un principe historiquement démontré et une règle rationnelle de droit.

L'antinomie n'est qu'apparente, et voici pourquoi : l'enfant et le fou sont des êtres humains, qui n'ont pas encore acquis ou qui ont perdu l'usage des facultés normales de l'homme ; pour l'un, il est vraisemblable qu'il atteindra la normale, et pour l'autre, il n'est pas invraisemblable qu'il y revienne ; l'un et l'autre sont donc des sujets de droit éventuels, des sujets de droit en puissance, et on ne saurait raisonnablement leur refuser d'être titulaires des droits qui pourront leur échoir pen-

dant la période d'incapacité, et qu'ils pourront être éventuellement amenés à exercer le jour où ils deviendront capables. Il convient donc de leur réserver tout au moins ce qu'on a appelé « la jouissance » de ces droits ; et même les en investir, leur en attribuer la propriété.

Une difficulté subsiste : nous avons vu que l'élément volonté est nécessaire au sujet de droit, parce que l'acquisition, l'exercice et l'aliénation d'un droit, quel qu'il soit, implique et nécessite un acte de volonté : 1° On n'acquiert pas un droit sans y consentir ; l'héritier légitime lui-même investi par la loi doit accepter sa qualité d'héritier légitime que la loi ne lui confère pas malgré lui. 2° On ne peut exercer un droit, si l'on n'est pas à même de concevoir qu'on a ce droit, et de vouloir en faire usage ; comment le dément ou l'enfant pourraient-ils, en connaissance de cause, surveiller l'exécution d'un contrat de louage aux termes duquel un individu leur a loué son ouvrage ? ou encore, en cas d'inexécution de ce contrat, contraindre en justice le débiteur qui ne tient pas ses engagements ? 3° On ne peut aliéner un droit si l'on est dépourvu de libre arbitre, puisque toute aliénation est par essence et sans contredit un acte de volonté ?

Comment donc le fou et l'enfant, s'ils sont sujets de droit, pourront-ils acquérir, exercer, aliéner leurs droits ? — Cette difficulté est évidemment irréductible ; on ne peut la lever ; mais les principes de droit eux-mêmes permettent, il nous semble, de la tourner et d'en

avoir raison. En matière juridique, on raisonne, avons-nous dit, sur des abstractions, sur des rapports ; or, parmi les rapports de droit se rencontre à chaque instant ce que, dans le langage courant, on a qualifié improprement de fiction. Parmi ces combinaisons improprement appelées fictions, nous trouvons la théorie de la représentation, et c'est elle précisément qui rend concevable et possible la personnalisation des enfants et des fous (1).

Ce que l'enfant, ce que le dément ne peut accomplir lui-même, c'est-à-dire l'acquisition, l'exercice et l'aliénation de ses droits, pourra être fait par la volonté de ses représentants, par d'autres sujets de droit, choisis suivant certaines règles, satisfaisant à certaines conditions, présentant certaines garanties, soumis à certaines obligations, exposés à certaines sanctions. Ce que feront ces représentants sera censé avoir été fait par les représentés eux-mêmes ; leur volonté sera substituée à celle

(1) Nous ne nions évidemment pas le caractère fictif de toutes les théories de droit. Nous reconnaissons par exemple sans peine qu'il y avait fiction dans l'ancienne institution française de la mort civile : celui qu'on déclarait mort civil était un sujet de droit parfaitement bien doué d'intelligence et de volonté, puisqu'il avait été déclaré pénalement responsable ; en le déclarant mort civil, on ne tenait pas compte de l'existence incontestable d'une entité juridique. Là était la fiction, c'est-à-dire l'erreur.

Nous remarquerons d'autre part que si toute fiction vraiment fictive contient une erreur de droit, réciproquement toute erreur de droit n'est pas une fiction : par exemple, l'institution de la contrainte par corps en matière civile, institution française également disparue, pouvait être une conception juridique erronée, mais n'était pas une fiction.

des représentés, et sera censée avoir été celle des représentés. Cette identification de la volonté actuellement défailante, mais éventuellement possible du représenté d'une part, et de l'autre de la volonté du représentant, sera d'autant plus admissible que, le jour où le sujet représenté, devenant capable, cessera d'être un sujet de droit en puissance pour devenir un sujet de droit accompli, le représentant devra rendre compte de sa gestion au représenté, qui, en acceptant, en ratifiant cette gestion, fera siennes les volitions passées du représentant.

Nous avons dit que cette combinaison juridique de la représentation a été appelée mal à propos fiction ; on l'a qualifiée de fiction parce qu'elle ne paraît pas concorder avec les faits matériels ; mais c'est en cela précisément que consiste l'erreur de qualification : de ce qu'une série de rapports de droit ne coïncide pas avec une série de réalités concrètes, il ne résulte pas que ces abstractions soient des fictions, au lieu d'être des réalités abstraites : qui dit fiction, dit erreur, imagination, fantaisie : nous ne voyons pas en quoi la théorie abstraite de la représentation serait erronée, imaginaire, ou fantaisiste. La représentation serait une fiction si le sujet de droit représentant devait remplacer, représenter un sujet de droit qui en réalité n'est point. Telle n'est pas la représentation : derrière le sujet de droit représentant, existe réellement un sujet de droit représenté,

mais un sujet de droit imparfait, un sujet de droit en puissance, au nom duquel le représentant agit.

On a pu se demander si les espèces inférieures à l'espèce humaine ne doivent pas, elles aussi, être personnalisées (1). Au premier abord, la personnalisation de l'animal ne paraît pas plus invraisemblable et moins scientifique que la personnalisation du dément : l'élément-intérêt se rencontre autant chez l'animal que chez l'homme, à supposer que l'intérêt n'ait pas pour justification exclusive, l'existence d'un devoir primordial ; quant à l'élément-volonté, il n'est pas plus absent de l'animal que du dément. On peut ajouter aussi que la question de savoir si les animaux ne sont pas pourvus de facultés vraiment intellectuelles a été considérée comme discutable, et parfois tranchée affirmativement par certains psychologues ; si la question a pu se poser en psychologie, elle peut aussi se poser en droit.

Nous n'hésitons pas, quant à nous, à considérer l'idée d'animalité comme incompatible avec l'idée de personnalité juridique. Et d'abord, en admettant que l'animal soit doué d'intelligence, il resterait incontestable que cette intelligence n'est pas de nature identique à l'intelligence humaine ; que si ses manifestations et les manifestations de la volonté animale peuvent se faire à l'aide d'un certain langage, ce langage n'est pas non

(1) Voir sur ces points ENGELHARDT, *L'animalité et son droit*. Chevalier-Marescq, éditeur. LEVURIANT. (*Revue encyclopédique*, 1900).

plus de nature identique au nôtre ; * qu'en un mot, le monde intellectuel et juridique animal reste parfaitement distinct du nôtre, et qu'il n'y a pas d'assimilation possible entre la personnalité animale et la personnalité humaine.

Nous ajoutons que si la personnalisation de l'enfant et même du fou nous a paru possible, c'est que nous avons pu les considérer comme des entités juridiques en puissance : éventuellement ils acquerront ou ils récupéreront la faculté-volonté ; il faut donc sauvegarder les droits à eux acquis, dont ils sont, grâce à la théorie de la représentation, les titulaires non plus seulement éventuels, mais actuels. Nous ne pouvons au contraire considérer, comme des entités juridiques en puissance, les animaux ; il est certain qu'il n'acquerront jamais la faculté-volonté, celle du moins dont l'homme est doué ; il est certain qu'ils ne pourront jamais concevoir et vouloir, humainement parlant, un acte d'acquisition, d'usage, d'aliénation d'un droit humain quelconque ; il n'y a donc pas lieu de leur attribuer, grâce au procédé de la représentation, une personnalité provisoire en vue de leur personnalité future.

Enfin, si la personnalité des animaux était admise, on serait insensiblement et invinciblement amené à personnaliser les objets physiques purement inertes, les végétaux eux-mêmes, car il est aujourd'hui démontré que les règnes animal et végétal ne forment qu'une seule et même chaîne ininterrompue, une progression continue ;

où devrait-on s'arrêter dans la personnalisation des êtres organiques ? Quels sont ceux que l'on jugerait dignes et ceux que l'on déclarerait incapables de personnalité juridique ?

On pourrait encore objecter aux partisans de la théorie animaliste qu'elle ne laisserait pas place au droit pénal, et ne pourrait se concilier avec lui. Mais il est facile de voir qu'en ce qui concerne les personnes civiles, l'aptitude à être puni, la responsabilité pénale en un mot, ne constitue pas un élément essentiel de la personnalité juridique : il suffit que le sujet de droit puisse être contraint à respecter les droits des autres par la perte de quelques-uns de ses propres droits ; il n'est point nécessaire qu'il soit punissable, c'est-à-dire qu'il puisse être moralement atteint. L'idée de personnalité juridique et l'idée de personnalité morale sont bien distinctes.

SECTION II

Personnalité des êtres moraux

Nous n'étudions sous cette rubrique que les êtres moraux politiques et les groupements sociaux, et nous réservons pour le chapitre suivant l'étude des fondations personnalisées.

Ici même nous aurons trois questions distinctes à discuter : 1^o les êtres moraux peuvent-ils être personnalisés ? 2^o les êtres moraux doivent-ils être personnali-

sés, soit parce qu'ils sont inoffensifs, soit parce qu'ils sont utiles, soit parce qu'ils sont nécessaires ? 3° qui a qualité pour créer les êtres moraux ?

§ I. — Possibilité de la personnalité civile.

De ce que les êtres humains peuvent prétendre à la personnalisation, il ne saurait nécessairement en résulter que les êtres moraux, appelés personnes civiles, personnes morales, peuvent être aussi personnalisés. Il y a une différence de nature évidente entre les êtres physiques et les êtres moraux ; cette différence de nature peut faire que les uns soient personnalisables et les autres impersonnalisables, ou tout au moins déterminer une inégalité de régime entre les uns et les autres au point de vue de la personnalité.

En quoi consiste au juste cette différence de nature ? — Si les êtres physiques sont différents des personnes civiles, serait-ce que les uns sont des êtres réels alors que les autres constituent des entités irréelles ? Par exemple, conviendrait-il de dire que l'Etat est la représentation fictivement individualisée de la somme des citoyens, alors qu'au contraire le citoyen a une propre et réelle individualité ?

Nous ne le croyons pas. — L'Etat n'est pas une irréalité, une fiction, pas plus d'ailleurs que les autres personnes civiles.

Ce qui différencie extrinsèquement l'être physique de

l'être moral, c'est que l'un est de nature composite et complexe alors que l'autre est simple et indécomposable. Nous nous expliquons : l'analyse de l'être humain révèle l'union d'éléments physiques, intellectuels, moraux, juridiques ; l'être moral au contraire, bien improprement désigné par le qualificatif « moral », est uniquement pourvu de facultés juridiques. On ne peut dire évidemment de l'Etat et des autres groupements qu'ils ont une nature physique ou une intelligence ; et, ce semble, on ne saurait davantage leur attribuer une moralité. — Cette différence externe s'explique d'ailleurs par une différence plus essentielle, plus métaphysique, à laquelle nous arrivons : l'être humain mérite bien le nom d'être en ce qu'il est doué d'existence et d'activité ; l'être moral au contraire est inexactement qualifié être ; il n'est qu'une notion, qu'une relation abstraite, qu'un concept. Le nom d'« être de raison » ne lui convient pas ; il ne saurait jamais être qu'une entité imaginaire. La différence entre l'être physique et l'être moral se résume donc en un mot : l'être physique est un être, une entité, sur qui se greffe une personne, c'est-à-dire un sujet de droit, un concept abstrait ; l'être moral est une personne, un sujet de droit, un concept abstrait non greffé sur une entité.

Reste à savoir si une telle personnalité juridique est concevable. Pour la rejeter, on peut tirer argument du défaut, chez la personne civile, d'intérêt et de volonté ;

il est évident qu'une idée n'a pas intérêt à exister, et est dépourvue de toute faculté volitive.

Cette objection ne saurait nous arrêter. La question n'est pas de savoir si les êtres moraux peuvent avoir la personnalité des êtres physiques, mais celle toute différente de savoir, s'ils peuvent atteindre une personnalité. Or, s'il nous paraît impossible que les êtres moraux atteignent la pleine personnalité dont les êtres physiques sont doués, nous concevons sans peine qu'on ait songé à attribuer et qu'on ait effectivement attribué depuis fort longtemps aux êtres moraux une personnalité partielle, inférieure, dérivée, qui prend précisément sa base dans la personnalité des êtres physiques.

La personnalité juridique de l'homme une fois admise, il faut lui reconnaître, entre autres droits, le droit de personnaliser les groupements politiques et les groupements sociaux qu'il forme instinctivement ou volontairement avec ses semblables. Il n'y aura de limitation à ce droit que le droit des autres, en vertu de ce principe premier de liberté que tout ce qui n'est pas nuisible à autrui est permis. C'est ainsi que toute collectivité humaine existant en fait et instinctivement sous forme de société, la possibilité de personnaliser la notion de société, de lui conférer l'aptitude aux droits, semble incontestable. C'est ainsi que plusieurs individus convenant de mettre en commun leur activité et leurs capitaux pour la réalisation d'un but commun, lucratif ou non, la possibilité de personnalisation semble ici égale-

ment incontestable, sous la réserve toutefois des droits des tiers.

Mais comment va s'analyser cette personnalité des êtres moraux ? Quels éléments va contenir cette aptitude à être sujet de droit ? — Une telle analyse importe et permet de vérifier le caractère parfaitement juridique des différents éléments dont elle révélera la présence.

Si une collectivité quelconque d'individus est revêtue de la personnalité, dotée de l'aptitude aux droits, à tel point que les droits acquis par elle seront ses droits propres et non ceux des individus, c'est, en dernière analyse, qu'il y a intérêt pour chaque membre de la collectivité à ce qu'il en soit ainsi ; c'est que la collectivité devenue personne a un but, une finalité, une utilité ; nous en concluons que pour être sujet de droit, il faut que le groupement satisfasse à une première condition : qu'il ait une raison d'être, une finalité.

D'autre part, si une collectivité est personnalisée, rendue titulaire de droits, c'est apparemment qu'un directeur, ou un comité quelconque formant sa direction, aura due qualité pour vouloir l'acquisition, l'exercice, l'aliénation de ses droits sociaux. En effet, si, comme nous l'avons vu, le groupement, n'étant pas un être, mais une notion abstraite, n'a point de volonté, il faut qu'à sa tête soit placé un agent directeur. Le directeur, ou le comité directeur, puisqu'il gère ainsi la chose de la collectivité, non celle des individus, n'est pas le repré-

sentant de ces individus, mais, ce qui est bien différent, le représentant de la collectivité (1). Nous découvrons ainsi que la collectivité ne sera personnalisée qu'à une seconde condition, c'est qu'elle sera suffisamment organisée pour être en mesure d'exercer ses droits.

Bref, le sujet de droit collectif, personne juridique d'ordre inférieur, création des individus physiques, ne possède pas les deux éléments de la personnalité des êtres physiques : 1^o l'élément-intérêt ; 2^o l'élément-volonté. Mais ces deux éléments sont suppléés chez lui par deux éléments correspondants que nous appellerons par abréviation : 1^o l'élément-finalité ; 2^o l'élément-organe.

Nous disons que les deux éléments ainsi révélés par l'analyse suppléent et correspondent parfaitement aux deux éléments requis pour la personnalité des êtres physiques : nous avons dit plus haut, en effet, qu'un être physique ne saurait être personnalisé si sa personnalisation n'a pas de raison d'être, ou si, ayant une raison d'être, elle exige une capacité dont l'être physique ne fait pas preuve. De même, pour la personnalisation civile, les deux mêmes conditions nous paraissent requises, la raison d'être et la capacité d'être, et nous voyons que ces deux conditions sont ici remplies, l'être moral ayant pour raison d'être une finalité, et pour capacité, celle de son représentant, l'agent-organe.

(1) On ne doit pas dire néanmoins que sa volonté est la volonté sociale, la volonté collective, puisqu'il ne peut y avoir de volonté pour une simple notion.

Il y a lieu d'insister de nouveau sur ce point, confirmé d'ailleurs par l'analyse que nous venons de faire : la personnalité de l'être moral n'est pas une fiction, mais une abstraction. On créerait la fiction si l'on prétendait que le sujet de droit ainsi personnalisé est un être, alors qu'en réalité il n'existe nullement. Mais on ne tombe point dans la fiction, si, en reconnaissant que la collectivité est à tort qualifiée être, on déclare qu'elle n'est qu'une notion abstraite, créée par plusieurs personnes physiques en vue de représenter, non la somme de leurs individualités, mais leur ensemble. Il n'y a pas plus fiction dans cette question parfaitement juridique, que dans la théorie de l'indivision de certains droits ou de l'indivisibilité de certaines dettes.

Cette observation que la collectivité personnalisée n'est pas un être a d'autant plus d'importance ici : 1° qu'elle permet une fois de plus de mettre en relief la différence qui doit être soigneusement et constamment maintenue entre la théorie de la personnalité physique et la théorie de la personnalité civile ; 2° qu'elle fournit l'occasion de critiquer les assimilations erronées faites trop souvent entre les personnes dites physiques et les personnes dites morales ou civiles : par exemple, application fréquente aux personnes civiles de textes positifs exclusivement écrits pour les personnes physiques, et juridiquement inapplicables aux personnes civiles. De personne civile à personne physique, et réciproquement, on ne peut raisonner par analogie, et il n'est loisible de statuer à l'égard des unes

comme à l'égard des autres que s'il y a des raisons différentes de l'argument de similitude. Notamment, lorsqu'on parle de personnes civiles, il ne faut employer qu'avec prudence les expressions imagées, mais tout à fait impropres, de naissance, de vie, de mort, qui peuvent prêter, si l'on n'y prend garde, aux plus fâcheuses confusions.

Y a-t-il inconséquence à admettre au rang des sujets de droit les êtres moraux dépourvus de volonté, et même d'existence, après avoir rejeté de cette catégorie les êtres doués d'une animalité inassimilable à la complexion psychique de l'être humain ? Non évidemment. Les êtres moraux ne sont sujets de droit que parce qu'ils constituent le prolongement de l'activité humaine, le dédoublement en quelque sorte de la personnalité juridique de l'homme. La personnalité suppose à sa base l'élément-volonté ; c'est l'homme qui crée les personnes civiles (1) ; c'est à lui qu'elles profitent ; c'est lui qui les dirige et en fait mouvoir les droits. Leur zone d'action n'est pas étrangère au domaine de l'intel-

(1) Une observation importante doit être faite ici : nous avons vu que l'Etat, au moins sous la forme de tribu, avait eu en fait une existence constante ; lors donc que nous disons de l'individu qu'il crée toutes les personnes civiles, nous ne voulons pas faire entendre par là qu'il les crée toutes volontairement ; la création de l'Etat est parfaitement instinctive ; elle ne résulte pas d'un contrat de société ou d'association, « d'un contrat social » ; cette abstraction étatique est créée par l'homme en ce sens qu'il la détermine, qu'il l'a fait naître, du jour même où il se trouve réuni en groupe avec plusieurs de ses semblables sur un même territoire.

lectualité humaine, mais y est incluse. Nous savons qu'il en serait tout autrement dans l'hypothèse où la personnalité animale serait admise.

Nous avons dit que les personnes civiles sont des personnes juridiques inférieures et dépendantes ; nous avons dit d'autre part que la personnalité des êtres normaux était conditionnée par leur finalité ; en d'autres termes nous avons discerné que les collectivités n'avaient été personnalisées que dans l'intérêt des sujets de droit supérieurs, et que ces sujets de droit ne les avaient investies de l'aptitude juridique que pour atteindre certains buts rentrant dans leur propre finalité, mais dépassant leurs forces individuelles. Une telle personnalisation subsidiaire de la personnalisation principale et intégrale des êtres physiques ne peut être que partielle. Ainsi donc, les collectivités personnalisées peuvent acquérir des droits indéfinis en étendue et en nombre, mais limités en espèce ; elles ne sauraient devenir titulaires que des prérogatives juridiques qui leur sont nécessaires pour accomplir leur finalité subsidiaire et bornée. En un mot, les personnes civiles n'ont point la plénitude de la personnalité, et leur champ d'action est rigoureusement restreint. Telles sont la base et la portée du principe de droit public dit de la spécialité dont nous avons trouvé l'application inévitable dans la législation positive française.

§ II. — Nécessité de la personnalité civile.

A la première question que nous nous étions posée et qui s'énonçait ainsi : les êtres moraux peuvent-ils être personnalisés ? nous avons fait la réponse suivante : ils le peuvent mais sous certaines conditions et dans certaines limites. Nous devons maintenant rechercher la solution du problème suivant : les êtres moraux doivent-ils être personnalisés ? en d'autres termes, y a-t-il une raison sérieuse pour les personnaliser soit qu'ils soient nécessaires, soit qu'ils soient utiles au développement des facultés juridiques humaines, soit même qu'ils ne soient nuisibles à personne ? Nous avons déjà sommairement répondu à cette question en étudiant la précédente (la connexité des deux problèmes rendait inévitable cette confusion) ; nous avons vu ou plutôt supposé que la collectivité personnalisée avait apparemment un but, une finalité, un avantage ; que c'était là sans doute la cause et la justification de sa personnalisation, puisqu'il avait été jugé bon, pour ainsi dire de tout temps, d'y recourir.

Parmi les collectivités humaines, les groupements politiques sont d'une nécessité évidente ; si nous interrogeons les faits historiques, nous voyons qu'une pluralité d'hommes, coexistant sur un même territoire, forme, instinctivement et de tout temps, une association qui n'est point seulement un groupement de fait, mais

une agglomération plus ou moins rudimentairement personnalisée; la tribu primitive elle-même affecte des caractères juridiques, et s'organise dès qu'elle se forme : dans chaque tribu il y a un chef; il ne semble pas commander en son nom propre et pour lui : il ne commande pas davantage au nom des différents individus pris isolément dans la tribu; mais ses actes de commandement constituent l'exercice même des droits de la collectivité. Plus tard, la tribu croît et devient Etat, c'est-à-dire l'expression juridique de la société : là encore, là surtout, on retrouve des agents supérieurs, organes de la collectivité prise en elle-même, non de la somme mathématique des citoyens. Le choix des agents-organes, la détermination de leurs pouvoirs, varient et se perfectionnent avec les temps; il y a loin évidemment des réglementations coutumières et grossières des premières tribus ou des premières nations humaines aux constitutions écrites et théorisées des régimes modernes; mais, des temps les plus reculés à nos jours, la constance de la personnalité sociale prouve sa nécessité. Cette nécessité se conçoit d'ailleurs : la simple coexistence de fait, la simple juxtaposition d'individus non unis par un lien social, détermine un état anarchique incompatible avec toute sécurité des individus et de leurs droits; la formation d'un état social, la naissance d'une puissance juridique supérieure aux sujets de droit individuels, et apte à régler tous conflits entre eux constituent indubitablement des nécessités rationnelles; le

droit serait lettre morte s'il n'était sanctionné en fait par l'existence d'une force sociale.

Nous dirons donc de l'Etat que les individus ne sont pas faits pour lui, mais qu'il est fait pour eux ; nous ajouterons qu'il leur commande nécessairement et qu'ils ne sauraient, en aucune manière, se soustraire à son commandement.

Si l'Etat, à mesure qu'il s'organise mieux, prend un développement plus grand, le groupement général des citoyens sur un territoire est nécessairement suivi en fait de groupements particuliers, communaux et autres, et, là encore, il y a non seulement un fait constant, mais aussi une nécessité de raison : l'Etat étant supérieur en commandement aux individus, il pourrait y avoir de sa part abus ou détournement de pouvoirs, si une certaine limitation de ses pouvoirs n'était réalisée par l'intervention de personnes juridiques de second ordre instituées pour la sauvegarde des groupes partiels d'une même société, et partant des individus qui les composent ; l'existence des groupements politiques secondaires est encore justifiée par la nécessité, pour un Etat assez étendu, de se faire aider dans sa tâche par des pouvoirs locaux et spéciaux (1).

(1) Le rôle défensif des groupements municipaux s'est manifesté par exemple à l'époque médiévale de la lutte pour les franchises communales, et, en même temps, pour les libertés individuelles. Le rôle décentralisateur des groupements politiques secondaires a été notamment mis en lumière depuis l'époque où la question de décentralisation administrative a été pour la première fois nettement posée et mise à l'ordre du jour.

Les groupemenas sociaux sont-ils également des groupements nécessaires ? A en juger par les faits, ils n'ont pas toujours été considérés tels ; et pourtant, ce n'est pas d'aujourd'hui que datent la personnalisation des sociétés à but lucratif et même celle des sociétés à but non lucratif ; ce n'est pas non plus d'aujourd'hui que date la lutte pour la liberté d'association. Mais, peu importe ; le fait de personnalisation du groupement social ne fût-il pas constant, en droit, au point de vue des principes généraux, cette personnalisation n'en serait pas moins nécessaire : comme nous le disions assez sommairement en vérifiant la possibilité de la personnalité civile, l'individu a le droit de développer et de fortifier ses droits par le procédé de la société ou de l'association, parce qu'il y a là une conséquence théoriquement nécessaire d'une part de sa qualité de sujet de droit, d'autre part du principe de liberté que tout ce qui ne nuit pas à autrui est permis.

1° Le droit d'association est une conséquence de la qualité de sujet de droit appartenant à l'être physique ; cette aptitude juridique, à la différence de celle qui est conférée aux êtres moraux, est une aptitude à tous les droits ; elle ne comporte pas de limitation, elle n'est point spéciale, mais intégrale ; la personne humaine a faculté, dans quelque but licite que ce soit, d'acquérir tous droits, puisque c'est pour elle que les droits sont faits. Elle a notamment la faculté et la capacité de contracter ; or, parmi les différents contrats, se rencontrent le con-

trat de société, et, pour employer la terminologie consacrée, le contrat d'association. Vainement nous objecterait-on que ce qui constitue l'essence du contrat de société et du contrat d'association, c'est la convention de mise en commun, en vue d'un but, de facultés juridiques, mais non la convention de personnaliser les apports ; nous répondrions que la mise en commun de plusieurs droits est un contrat d'indivision, de communauté, et que la mise en commun de plusieurs activités individuelles est une somme de contrats de louage réciproques ; que de tels contrats sont fort différents de la véritable société et de la véritable association, qui supposent la personnalisation, qui supposent l'organisation d'un comité social directeur, lequel agira non pas au nom de tous les associés *ut singuli*, mais au nom de la collectivité considérée en elle-même : *universitas distat a singulis*. Bref, les contrats de société et d'association, reposant sur une cause licite, sont des actes juridiques que les individus sont naturellement aptes à passer.

2° Les droits de société et d'association ont pour base ce principe de liberté que tout ce qui n'est pas nuisible à autrui est permis. Ce principe de liberté est-il niable ? Non évidemment. Comment donc a-t-on pu nier l'existence des droits de société et d'association ? C'est qu'il existe un malentendu relatif à l'interprétation des mots « tout ce qui n'est pas nuisible à autrui » ; c'est qu'il est particulièrement délicat de calculer la portée

de certains actes juridiques et de savoir si dans leurs effets au moins indirects, ils ne seront pas nuisibles à autrui. Et d'abord, que faut-il entendre par l'expression « autrui » ? Ce n'est pas seulement chaque citoyen, chaque individu, mais aussi les collectivités, qui, créées pour l'individu, doivent être respectées dans leurs droits, à l'instar de l'individu lui-même. Parmi ces collectivités, se distingue au premier rang l'Etat, dont l'intérêt, ou plutôt, le droit primordial, est le maintien de l'ordre public. Evidemment, tous les groupements personnalisés ne sont pas contraires à l'ordre public : certains sont incontestablement d'utilité publique ; d'autres au contraire sont incontestablement contraires à l'ordre social, au droit public ; mais il en est dont le caractère de nocuité ou d'innocuité a paru très difficilement déterminable ; c'est cette difficulté de détermination qui complique le problème de l'application de la liberté d'association, mais elle ne saurait nullement faire douter du droit d'association lui-même.

Nous devons donc conclure que théoriquement la personnalisation des groupements sociaux est non seulement possible, mais aussi nécessaire, puisqu'elle est la conséquence logique des principes généraux du droit. Juridiquement nécessaire, la personnalisation des groupements sociaux paraîtra aussi économiquement nécessaire, si l'on admet que les groupements, une fois personnalisés, sont utiles à l'individu et à la société ; que ceux d'entre eux dont le but est lucratif augmentent la

production, activent la circulation, facilitent la répartition des richesses et accroissent ainsi, normalement du moins, le bien-être matériel de l'individu et la prospérité sociale ; que ceux qui possèdent un caractère moral ou altruiste permettent la réalisation d'œuvres que les activités individuelles isolées seraient impuissantes à mener à bien, au plus grand préjudice des individus et de la société. Les avantages procurés ainsi par les groupements sociaux n'auraient pu résulter de groupements de fait ou de simples communautés de biens ; de telles combinaisons, dépourvues en somme de tout caractère juridique, auraient présenté l'inconvénient d'être à la fois fragiles et compliquées ; la détermination des rapports entre individus réunis dans un même groupement de fait, surtout si le groupement est à but lucratif, est difficile ; la conclusion des conventions juridiques avec les tiers est impratique (1). La constitution en personne d'un groupement en transforme immédiatement la physionomie ; les mécanismes perfectionnés de la personnalité civile en assouplissent immédiatement les mouvements, et en multiplient à l'infini l'activité. Cela se conçoit facilement puisqu'au lieu d'affecter la forme d'un groupement sans cohésion, la collectivité personnalisée devient un être unique, une individualité, vis-à-vis de chaque associé qui n'a plus à se préoccuper de

(1) Ces inconvénients sont bien connus de la pratique, et l'on sait combien est précaire et intenable l'existence de fait des groupements non reconnus.

tous ses coassociés, et vis-à-vis de tous les tiers qui ne traitent plus avec le mandataire d'une multitude d'individus, mais avec l'agent-organe d'un unique sujet de droit (1).

§ III. — **Possibilité de la personnalité civile
des services publics.**

Nous avons supposé jusqu'ici pour la démonstration de la théorie de la personnalité civile, que les êtres moraux à personnaliser offraient le caractère de groupements soit politiques, soit sociaux. Mais, parmi les personnes composant la catégorie des établissements publics, se rencontrent des êtres moraux dépourvus de tout caractère collectif, ne supposant point à leur base l'existence d'un groupement humain ; ce sont les services publics, les différentes caisses de l'Etat, par exemple. Peut-on, en droit rationnel, admettre qu'ils soient personnalisés ?

Une telle personnalisation nous paraît possible, car nous avons vu que pour être personnalisable, un être moral doit réunir les deux conditions suivantes : 1^o avoir une finalité, une raison d'être ; 2^o avoir une organisation juridique suffisante pour être à même d'exercer les droits dont il est le sujet. Or, la personnalisation d'un

(1) Tous ces avantages sont la conséquence directe de la personnalisation dont les effets peuvent se résumer très complètement dans l'excellente formule : *universitas distat a singulis*.

service public a une raison d'être, elle a une utilité ; elle est utile, en vertu de ce principe, ci-dessus rappelé, que l'Etat ayant à remplir de nombreuses fonctions, et des fonctions aussi lourdes que variées, la décentralisation de ses services est bonne en principe ; cette décentralisation doit se faire, non pas seulement par la délégation aux autorités départementales et communales d'une partie de ses pouvoirs, par le confiement à ces pouvoirs de services publics locaux ; mais aussi par la création d'une organisation distincte et spéciale de certains services généraux. D'autre part, les services publics peuvent être personnalisés par ce fait qu'il est possible de créer à leur tête des agents-organes, ayant les mêmes pouvoirs et les mêmes facultés que les agents-organes, les directeurs des groupements sociaux ou politiques.

Néanmoins, il convient de signaler, entre les êtres moraux collectifs et les services publics, une différence notable et susceptible de produire des effets juridiques : les services publics, outre qu'ils diffèrent des autres êtres moraux par l'absence du caractère collectif, s'en distinguent encore par ce fait qu'au lieu d'être créés par les individus humains, dans l'intérêt direct des individus humains, afin d'élargir la sphère d'action de ces individus, sont créés par l'Etat, pour l'Etat, dans un but d'extension étatique. Leur personnalité, à la différence de celle des groupements, n'est pas vinculée à la personnalité des individus, mais à celle de l'Etat. Et si nous avons reconnu à la personne physique la faculté naturelle

de créer des sujets de droit de personnalité inférieure, il est douteux au premier abord que nous puissions reconnaître la même faculté à la personne morale qu'est l'Etat.

Pour nous édifier sur ce point, nous devons remonter aux notions premières qui nous ont servi plus haut à déterminer les bases de la personnalité civile : nous devons nous rappeler que le sujet de droit n'est pas un être, ne correspond pas nécessairement à un être, mais constitue simplement une idée abstraite, une aptitude à être titulaire de prérogatives abstraites ; nous avons vu d'autre part que l'individu physique personnalisé avait la faculté de créer des sujets de droit et de les pourvoir de tous les droits nécessaires à l'accomplissement de leur finalité ; or, l'Etat, dont la finalité est considérable, à tel point qu'il détient la souveraineté, a certainement reçu de l'individu le droit de personnaliser, de créer des sujets personnalisés, si cette création est utile à l'accomplissement des services dont il est chargé.

§ IV. — Collation de la personnalité civile.

La base de la personnalité civile, d'après ce qui précède, est la personnalité physique, dont elle est dérivée et à laquelle elle est vinculée ; le droit collectif suppose le droit individuel. Les individus créent toutes les personnes civiles par contrat de société ou d'association, sauf l'Etat et les services publics.

Quant à l'Etat, ce ne sont pas les individus qui le créent, les individus ne lui préexistent pas ; mais ce sont les individus qui le conditionnent, en ce sens qu'il est fait pour eux, qu'il est fait pour régler et maintenir l'ordre dans leurs rapports, armé qu'il est de la souveraineté.

Nous disons de lui qu'il a pour finalité le maintien de l'ordre ; nous devons ajouter, en nous plaçant à un point de vue international, qu'il a encore pour finalité d'assurer la défense des citoyens contre les attaques de l'étranger et la sécurité des nationaux à l'extérieur. Ces missions à vrai dire n'en font qu'une, le maintien de la légalité, et cette unique mission est, suivant nous, la seule qui lui revienne. D'où il résulte que l'Etat, assujetti tout comme les autres personnes civiles au principe de la spécialité, a reçu une mission limitée, et partant une personnalité partielle (1) ; qu'il possède, il est vrai, un

(1) Que la personnalité de l'Etat soit partielle, cela ne peut pas faire de doute, même pour ceux qui lui attribuent une mission plus étendue que celle de maintenir la légalité, et sauf pour les partisans d'un étatisme absolu : 1° l'Etat n'est pas sujet passif de droit pénal, à notre avis du moins, pas plus que les autres personnes civiles, et cela, non pas parce qu'il a qualité de souverain, mais bien parce qu'il n'a pas de responsabilité morale : 2° l'Etat, pas plus que les autres personnes civiles, ne saurait être titulaire de droits de famille ; il n'a même pas de droit de succession ; il n'est pas successeur des patrimoines vacants qu'il recueille : 3° l'Etat ne peut davantage être titulaire des droits relatifs à l'état civil des individus. L'Etat, comme les autres personnes civiles, est certes sujet actif de droit pénal, en ce sens qu'il peut soutenir une action pénale ; cela ne prouve pas qu'il ait une moralité, mais seulement qu'il a un droit de propre conservation et de défense.

droit de souveraineté, mais qu'il n'est souverain que dans les limites où ses fonctions et ses attributions exigent qu'il le soit ; qu'il a le pouvoir de faire les lois, c'est-à-dire de formuler les droits et les obligations, mais qu'il est obligé de les appliquer en justice, même contre lui ; qu'en un mot l'Etat ne peut faire que ce qu'il doit faire et non ce qui conviendrait au bon plaisir de ses agents-organes.

L'état n'ayant que des pouvoirs limités, il est intéressant de savoir, pour la théorie générale de la personnalité, si, parmi ses pouvoirs, se trouve celui de surveiller la formation par les individus de groupements sociaux, et en admettant qu'il ait ce pouvoir, en quelle qualité et dans quelle mesure il doit en faire usage.

En premier lieu, nous croyons que le pouvoir de l'Etat en matière de personnalisation civile n'est qu'un pouvoir de surveillance, un pouvoir de contrôle, et non pas la prérogative exclusive de créer à lui seul tous les êtres moraux. Indépendamment du droit que paraît posséder l'Etat de personnaliser ses services publics, nous ne voyons pas pourquoi il posséderait le droit exclusif de personnaliser à lui seul tout être de raison, et pourquoi il faudrait dénier aux individus le droit de personnalisation : nous croyons avoir établi plus haut ce droit individuel, et nous n'apercevons pas quelle nécessité d'ordre public en pourrait exiger la suppression. L'Etat est souverain, mais pour faire régner l'ordre entre les citoyens ; or, toute création d'une per-

sonne civile n'est pas nécessairement une atteinte à l'ordre social.

La création d'un groupement dont la finalité est licite ne préjudicie pas, mais profite à la société comme aux individus. Ce qui menace l'ordre, c'est la personnalisation d'un groupement dont le but est illicite, et c'est une semblable personnalisation que l'Etat a le pouvoir et le devoir d'empêcher. Pour que l'Etat l'empêche, il n'est pas nécessaire qu'il ait le droit de statuer en dernier ressort, par voie de concession ou de reconnaissance, de refus ou de rejet, sur une demande de personnalité qu'il serait toujours nécessaire de lui adresser. Il suffit qu'il ait connaissance, grâce à une déclaration accompagnée d'une publicité suffisante et faite dans les formes prédéterminées législativement, de toutes les créations de sujets de droit, pour être à même, si l'ordre public l'exige, de faire prononcer en justice l'inexistence de la création juridique en question, dont le but blâmable constitue la cause illicite (1). Ce système de déclaration est si bien possible qu'il a déjà été mis en application, au moins partiellement, dans quelques législations (2).

(1) La demande en déclaration d'inexistence pourra être formée non seulement à la requête de l'Etat, mais aussi à la requête de tout intéressé.

(2) Nous ne traitons ici que la question de personnalisation, et non celle de savoir comment et dans quelles formes, sous quelles conditions, conformément à quels types, les organes des différents groupements, sociétés et associations, devront être institués. La solution de cette seconde question législative devra elle aussi, comporter le maximum de liberté individuelle. — La déclaration est nécessaire,

CHAPITRE II.

PERSONNALITÉ DES FONDATIONS

La fondation, en admettant qu'elle puisse être personnalisée, ne pourrait être douée, comme les groupements politiques et sociaux, que d'une personnalité civile : elle n'est pas un être ; c'est improprement qu'on la qualifierait d'être moral, d'être de raison (1) ; elle ne constitue qu'une relation, un concept ; ce concept, à l'instar du concept groupement, peut-il être personnalisé comme

non seulement pour un motif d'ordre public, mais aussi dans l'intérêt des tiers.

(1) Pour que les groupements et les fondations puissent constituer des êtres collectifs et des êtres fondatifs, il faudrait qu'il se rencontre dans leur essence un substratum actif quelconque, une volonté réelle comme celle de l'être humain, ou tout au moins une activité inférieure, comme celle de l'animal. Or, les groupements et les fondations ne présentent point cet élément actif, et c'est vainement, suivant nous, que l'on suppose leur existence, et que l'on considère cette existence comme le résultat d'une extériorisation de la volonté soit des associés, soit du fondateur. Cette extériorisation ne se conçoit pas très bien philosophiquement, et tant qu'elle ne sera pas physiquement démontrée, elle n'aura que la valeur d'une belle hypothèse.

sujet de droit ? s'il est personnalisable, est-ce non seulement que sa personnalité soit possible, mais aussi qu'elle soit nécessaire, c'est-à-dire que l'individu ait un droit essentiel à la créer quand bon lui semble, sous la condition toutefois de ne pas porter atteinte à l'ordre public ? Telles sont les deux questions bien distinctes qui se posent ici.

§ I. — **Possibilité de la personnalité fondative.**

Pour pouvoir être titulaire de droits, il faut avoir une raison de posséder ces droits, et le moyen de les exercer ; s'il s'agit d'une personne civile, ces deux éléments sont aussi nécessairement requis chez elle que chez la personne physique, et cette personne civile doit avoir une finalité, et être suffisamment organisée pour pouvoir jouer le rôle de sujet actif de droits, c'est-à-dire pour pouvoir acquérir, exercer, aliéner des droits.

La fondation nous paraît réunir ces deux conditions : suivant nous, elle a une finalité, et elle peut posséder une organisation suffisante pour poursuivre sa finalité et exercer ses droits.

I. — La fondation a une finalité. Cela va de soi : constituée en hôpital, elle profite aux générations successives des bénéficiaires, et par cela même qu'elle est quasi-perpétuelle, elle procure à l'Etat et à l'individu des avantages bien supérieurs aux organisations charitables éphémères ; les créations d'universités, d'écoles,

peuvent rendre dans un autre ordre d'idées, des services non moins considérables à une série indéfinie de bénéficiaires, et partant à la société,

On peut faire, il est vrai, deux objections à l'utilité des fondations personnalisées : 1° La fondation personnalisée, peut-on dire, rend les mêmes services et procure à l'Etat et aux individus les mêmes avantages que les groupements sociaux à fins altruistes. Quelle nécessité y a-t-il dès lors à la coexistence sur une même zone d'action de deux catégories distinctes de personnes civiles ? Le double emploi est inadmissible, pour qui-conque admet et comprend le principe de la spécialité, qui, en réalité est double : d'une part, le principe de la spécialité exige que l'être moral personnalisé ait une mission spéciale dont il ne sorte pas ; d'autre part, le même principe exige que la spécialité d'un établissement soit sa spécialité exclusive, et qu'il n'y ait pas confusion de pouvoirs entre deux établissements distincts. Cette seconde partie du principe est la conséquence nécessaire et le corollaire de la première, car un établissement sort forcément de sa spécialité s'il empiète sur la spécialité d'un autre. — Une telle conception du principe de la spécialité est en vérité assez séduisante ; mais elle est bien systématique : il n'y a aucune nécessité à répartir toutes les tâches sociales trop lourdes pour l'individu entre les différentes catégories d'êtres de raison, et de faire la répartition d'une façon si géométrique que le secteur de chaque catégorie ne puisse se confondre avec

celui d'une autre catégorie ; un but social sera d'autant mieux poursuivi, qu'il y aura plus de forces sociales destinées à l'atteindre.

Ce prétendu corollaire de la règle de la spécialité est un autre principe dont la base et l'étendue sont très différentes de celles qui conviennent au principe de la spécialité : c'est dans l'organisation politique, non dans l'organisation sociale, dans la zone d'action des pouvoirs publics, non dans celle des œuvres charitables, que la répartition des fonctions doit être effectuée avec une entière précision, de telle façon qu'un pouvoir quelconque ne puisse sortir de sa mission spéciale pour empiéter sur un autre pouvoir. Les inconvénients d'une confusion des pouvoirs seraient graves en pareille matière ; ils sont nuls en matière de bienfaisance et de philanthropie.

2° On pourrait objecter en second lieu que les fondations personnalisées n'ont point de raison d'être, point d'utilité ; que les fondations non personnalisées, greffées sur des personnes civiles collectives, rendent les mêmes services. Cette assertion serait gratuite et insoutenable. Une œuvre autonome ne rend point les mêmes services, n'accomplit point la même finalité, qu'une œuvre dépendante et parasite. Et d'abord, la division des tâches, favorable à l'accroissement de l'activité individuelle, est également bienfaisante pour les personnes civiles et majore la valeur économique de ces créations juridiques. Puis, nous avons rappelé, au cours de

notre historique, que les fondations dont l'existence avait été liée à certains groupements avaient parfois dé péri entre leurs mains, que l'être collectif avait parfois absorbé l'être fondatif qui lui avait été ad joint. Aussi bien existe-t-il certaines fondations, telles que les universités, les écoles, les instituts scientifiques, les académies, dont les allures et les tendances indépendantes sont les caractères prééminents, l'essence même ; ces œuvres veulent être autonomes, et ne sauraient s'accommoder d'aucune combinaison, d'aucune fusion avec des établissements publics ou même libres. Enfin, la fondation est l'œuvre unitaire d'un individu déterminé, le groupement, l'œuvre collective d'une pluralité d'individus ; si un individu veut fonder, et désire fonder seul, nous ne voyons pas quelle raison juridique lui imposerait le concours d'une collectivité quelconque ; concours d'ailleurs facultatif pour la collectivité qui possède incontestablement le droit de le refuser, ou d'y mettre telles et telles conditions de nature à déformer le plan préconçu du fondateur.

II. — La fondation peut être dotée d'une organisation suffisante pour accomplir sa finalité et exercer ses droits. Nous avons vu qu'il n'y avait aucune impossibilité réelle à ce que l'Etat personnalise certains de ses services, puisqu'il pouvait pourvoir le sujet de droit qu'il créait ainsi d'agents-organes, aptes à exercer ses droits, et il convient d'ajouter, à remplir ses obliga-

tions. N'en est-il pas de même pour la fondation ? La fondation ne constitue-t-elle pas, elle aussi, un service personnalisé, non point politique, mais social ? Il y a mieux, alors que derrière les services publics on ne voit point très distinctement l'ensemble des personnes humaines pour qui ils sont créés, n'aperçoit-on pas au contraire dès l'abord l'existence, derrière la fondation, d'un ensemble de bénéficiaires certains, actuels ou futurs, qui donne aux fondations un substratum assimilable au substratum des groupements, constitué par l'ensemble des associés ? Evidemment, une assimilation est possible entre les fondations et les services publics ; on peut raisonner par analogie, ou même par a fortiori, et conclure de la possibilité de personnalisation des services publics à la possibilité de personnalisation des fondations.

D'ailleurs, le fondateur, dans la charte constitutive de sa fondation, crée pour celle-ci des organes choisis suivant certains modes, investis de certaines fonctions, soumis au besoin à certaines obligations, et tels que les uns peuvent contrôler les autres ; la fondation peut donc être dotée d'un organisme aussi complet que celui d'un groupement ou d'un service quelconque.

En admettant que les fondations puissent être organisées, nous nous hâtons de reconnaître que leur personnalité, comme celle des groupements sociaux ou politiques et des services publics, est forcément inférieure et partielle. Outre que la fondation, comme tous les concepts

juridiques improprement qualifiés êtres moraux, n'a point les caractères de l'être, et ne doit point posséder toutes les prérogatives juridiques de l'être, son aptitude juridique doit être restreinte à sa finalité, à sa spécialité. Il y a là une règle d'ordre public que les agents organes ne pourraient impunément violer, et qui est d'ailleurs d'une application pratique assez simple, puisque l'acte constitutif de la fondation, contient ou doit contenir en première ligne et de façon précise la désignation du but à remplir par le nouveau sujet de droit.

Nous croyons même que la personnalité de la fondation pourrait, le cas échéant, être inférieure à certains points de vue à la personnalité des groupements sociaux : les groupements sociaux peuvent poursuivre tous les buts qui ne sont point contraires à l'ordre public, même des buts politiques . Or il nous paraît au moins incertain que la fondation puisse avoir une finalité politique. Il faut s'entendre toutefois sur la portée de cette observation : nous ne déclarons pas ici qu'une fondation ne puisse être constituée en institut de droit public par exemple ; l'étude spéculative de la politique paraît être un but tout à fait en harmonie avec la nature de la fondation ; mais il nous semble au contraire qu'il y aurait incompatibilité entre cette nature et un but de propagande politique active ; la fondation suppose un groupe de bénéficiaires auxquels elle doit profiter ; où seraient ici les bénéficiaires ? La fondation peut être personnalisée à perpétuité par un individu éphémère, comme instrument de

bienfaisance pour les générations à venir, non comme arme de combat, ou comme représentation perpétuelle des opinions politiques d'un fondateur défunt. On concevrait d'ailleurs difficilement la possibilité pratique d'un tel genre de fondation.

La personnalité des fondations nous paraît à un autre égard inférieure à la personnalité des groupements : il a été question, surtout depuis une époque assez récente, de conférer aux groupements sociaux des droits politiques, tels que le droit de vote. Cette attribution de droits politiques à des groupements sociaux se conçoit, si l'on observe que l'être collectif est l'expression juridique d'une collectivité de citoyens ; elle ne serait pas possible au contraire s'il s'agissait de fondations : l'être fondatif est une œuvre de bienfaisance, ce qu'on pourrait appeler un service social ; il n'est point l'expression juridique de la collectivité des bénéficiaires.

Une question particulièrement douteuse, dépendant du problème de la possibilité des fondations personnalisées, subsiste encore : est-il possible de personnaliser des fondations ayant pour bénéficiaires des êtres inférieurs à l'individu humain ou n'ayant même pas de bénéficiaires ?

1^o Peut-on personnaliser des fondations ayant pour bénéficiaires des animaux ? Evidemment, l'organisation d'une telle fondation, c'est-à-dire la création d'agents-organes qui rempliront le but animaliste est concevable.

L'un des éléments, l'élément-organe, se retrouve donc ici. Mais peut-on en dire autant de l'élément finalité ? Nous ferons une distinction : si l'on admet que la protection des animaux soit une œuvre socialement bonne, et rentrant dans la finalité de l'homme, l'homme qui fonde dans un but animaliste, accomplit sa mission, et l'œuvre est personnalisable ; elle ne doit pas être considérée telle par quiconque admet l'opinion adverse, celle de l'inutilité sociale des buts animalistes ;

2° Peut-on personnaliser des fondations sans bénéficiaires ? Là encore une distinction doit être faite. Si la fondation est en somme une œuvre, la personnalisation se conçoit ; exemple : fondation d'une caisse pour l'entretien des monuments historiques. Mais, si le caractère d'œuvre est absent, la personnalisation ne se justifie pas, l'élément finalité est absent : ainsi, la personnalisation d'une caisse pour l'entretien d'une simple statue serait vraiment inadmissible.

§ II. — Nécessité de la personnalité fondative.

La personnalisation des fondations nous paraît être de nécessité juridique, en ce sens qu'elle nous semble constituer un droit incontestable pour l'individu.

Pour s'en convaincre, il ne suffirait pas de prendre en seule considération les faits historiques assez persistants de personnalisation spontanée de certaines fondations.

Ces faits ne sauraient être probants que s'ils étaient constants.

Le caractère nécessaire du droit de personnalisation fondative s'impose seulement à l'examen des prérogatives juridiques de l'individu humain. Nous avons posé en principe que plusieurs individus peuvent former une collectivité et la personnaliser si le but poursuivi par la collectivité n'est pas illicite. Nous avons fait dériver ce droit du droit pour l'être humain de conclure tous contrats. Or, si plusieurs individus peuvent concourir et se liguer pour la poursuite d'un but licite, comment l'un de ces individus ne pourrait-il poursuivre le même but à lui seul s'il en a les moyens. Si le contrat d'association est de droit, pourquoi l'acte unipersonnel de fondation serait-il anti-juridique ?

Le droit de personnalisation ne devra néanmoins être reconnu à l'individu, pour ce motif qu'il est doué de la personnalité intégrale, et qu'il peut faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, que s'il est bien certain que ce droit, abstraction faite de toute idée de but illicite, n'est pas en lui-même illicite en constituant une atteinte à l'ordre public.

Divers arguments pourraient être produits en faveur de cette thèse : 1^o Il est dangereux pour l'ordre public qu'un simple et éphémère individu puisse régler à perpétuité l'avenir d'un patrimoine et lier par ses décisions les générations futures (1). 2^o Il est encore dangereux

(1) Cette objection et la troisième peuvent être dirigées contre toute fondation, même non personnalisée.

pour l'ordre public qu'un sujet de droit fondatif doué de pérennité puisse survivre à son but temporaire, et subsister alors qu'il n'a plus de raison d'être. 3° Le fondateur, s'il a le droit de personnaliser son œuvre, va créer une nouvelle personne de main morte, un être nuisible à l'ordre économique, c'est-à-dire en définitive à l'ordre public.

1° La première objection repose sur les considérations suivantes : l'intérêt général, qui fait loi, interdit à l'individu de disposer à perpétuité, soit des biens qui composent son patrimoine, soit des activités humaines qui auront successivement mission de le gérer et d'en distribuer les revenus à divers bénéficiaires. Cette disposition, fût-elle le simple exercice du droit de tester, serait déjà critiquable ; il n'est pas certain tout d'abord que le droit de tester existe ; il est permis de croire que la faculté de régler le sort de son patrimoine pour une époque qui suivra sa mort constitue plutôt pour l'individu une prérogative qui lui est gracieusement concédée par la loi, qu'un droit indiscutable et naturel ; l'individu peut certes disposer de ses droits tant qu'il vit car il en est alors titulaire ; mais, le jour où il décède, sa qualité de sujet de droit disparaissant avec lui, on ne conçoit pas qu'il puisse impérativement régler le sort de biens qui ne lui appartiennent déjà plus. Le droit de fonder, d'ailleurs, n'est pas un fragment, une conséquence nécessaire du droit de tester. Il est autre chose et il est plus. Il est plus que le droit de tester, cela est incontestable

puisqu'au lieu d'être un acte unique de commandement sur un patrimoine, consistant dans l'abdication des droits patrimoniaux entre les mains d'un successeur librement choisi, il est une série ininterrompue et perpétuelle d'actes de commandement sur le même patrimoine, l'asservissement constant, l'affectation irrévocable du même capital ou de la même somme de capitaux à un même but. S'il est vrai que la faculté de tester soit une faveur accordée par la loi et déjà exorbitante du droit commun, combien plus exorbitant doit sembler le prétendu droit de fonder ! Il y a là vraiment une étrange fiction de droit : un homme se survit à lui-même, et s'éternise en quelque sorte dans une société d'où il a en réalité disparu depuis des siècles.

Ces considérations sont évidemment de nature à faire réfléchir. Elles sont loin toutefois d'être décisives. L'homme qui dispose de ses biens par testament use d'un droit, non d'une faveur. Il a le droit de transmettre à qui lui plait les biens qu'il a acquis légitimement ; puisqu'il en est devenu propriétaire, c'est qu'il en est devenu le maître absolu ; jusqu'à l'instant de raison où il meurt, il en est toujours titulaire, il pourrait les détruire, il peut donc les transmettre (1). Libre de les transmettre à une personne

(1) Si ce n'est pas lui qui règle la succession, qui sera-ce ? L'Etat ? Mais de quel droit ? Tout au plus pourrait-on hésiter ici pour ce qui est de la « réserve », constituée en propriété plutôt familiale qu'individuelle, possédant par là même des caractères très exceptionnels et peut-être critiquables.

physique, il est libre aussi de les transmettre, soit entre-vifs, soit testamentairement, à une personne civile, s'il la crée ou s'il l'a créée valablement. La transmission peut être faite par lui à un groupement déjà existant ; le groupement en sera titulaire perpétuellement, si, comme les groupements politiques notamment, il a un caractère de perpétuité. La transmission peut être faite également à une fondation, être perpétuel, mais non plus perpétuel qu'un groupement politique. Dira-t-on que l'acte de disposition fait dans la première hypothèse au groupement politique est un acte de perpétuel commandement du testateur sur son patrimoine ? Non évidemment ; la transmission une fois faite, le sujet de droit qui commande au patrimoine transmis, ce n'est plus le de cujus, c'est le groupement politique institué. Et de même, il faudra reconnaître qu'après l'acte de fondation, le sujet de droit qui commande aux biens transmis, c'est la fondation, non le fondateur disparu.

2° Mais, pourra-t-on faire observer, et nous retrouvons ici la seconde objection, comment les représentants de l'intérêt public pourront-ils admettre et permettre que le fondateur se survive à lui-même en maintenant à travers les temps, de par son acte unique de volonté, en vertu d'une simple volition perpétuellement efficace, un sujet de droit doué de pérennité, et qui subsistera quand bien même son but, de nature peut-être temporaire, sera disparu, quand il n'aura plus de bénéficiaires

possibles, quand en un mot il n'aura plus de raison d'être ? Cela s'est vu, pourra-t-on dire, avec la fondation anglaise qui devrait avoir pour bénéficiaires des cardes de laine, et cela est manifestement contraire au principe qu'un sujet de droit doit avoir un intérêt, s'il est personne physique, une finalité, s'il est personne morale.

A cette objection nous répondrons d'un mot : l'Etat, en sa qualité de défenseur de l'ordre public, pourra alors intervenir et supprimer, sinon modifier la fondation. En d'autres termes, l'objection tirée de la pérennité du sujet de droit fondatif doit faire décider la réglementation, non l'interdiction de la personnalité des fondations.

3° Quant à l'argument économique consistant à présenter la fondation comme une personne de main-morte, argument reposant sur le principe de la libre circulation des biens, il est, à notre avis, assez peu sérieux. S'il est vrai que la fondation, en tant que personne de main-morte, est à tel point économiquement dangereuse qu'il faille la prohiber, la même règle interdictive, en bonne logique, devra être appliquée à toute personne de main-morte, et il n'est pas jusqu'au plus inoffensif groupement qui ne doive être interdit. L'argument de main-morte pourrait avoir tout au plus pour effet de faire prohiber non pas la fondation ou le groupement, mais l'attribution à toute personne civile, même à l'Etat, de biens immeubles. Ainsi réduit, ce régime interdictif serait encore inadmissible, et ce, pour les motifs suivants, dont certains militent exclusivement en faveur

des fondations : *a)* La circulation des biens de main-morte peut pratiquement être ralentie ; elle n'est pas dans tous les cas définitivement arrêtée. On ne conçoit d'ailleurs aucun obstacle théorique ni pratique à ce que la personne civile aliène ou échange plus fréquemment les biens immobiliers qu'elle possède, sauf ceux qui sont exclusivement affectés à certains services spéciaux (publics ou particuliers). *b)* La main-morte trop considérable peut être réglementée ou réduite législativement. *c)* Les fondations personnalisées supposant des intentions très généreuses et des disponibilités énormes de capitaux, ne sont jamais très fréquentes ; elles n'ont d'ailleurs qu'un caractère apparent de perpétuité, et, surtout si l'on admet l'intervention de l'Etat en cas de disparition du but fondatif, les diverses fondations n'ont qu'un temps ; les œuvres ne s'accumulent pas indéfiniment et infiniment dans le corps social. *d)* La propriété immobilière des fondations, œuvres altruistes, ne paraît pas plus funeste que celle de gros établissements à but lucratif. *e)* En songeant à l'inconvénient économique que peuvent présenter, au point de vue de la main-morte, les personnes civiles, spécialement les fondations, il ne faut pas perdre de vue les grands avantages économiques qu'elles présentent, et le bien social dont les générations successives leur restent en somme redevables.

§ III. — **Collation de la personnalité fondative.**

Rentre-t-il dans la mission et la spécialité de l'Etat soit de créer quelques fondations si bon lui semble concurremment avec l'individu, soit de personnaliser exclusivement toutes les fondations, aussi bien celles dont il est l'initiateur que celles projetées, constituées en fait et dotées par l'individu ?

I. — Que l'Etat ait le droit de fonder, cela ne paraît pas faire de doute; il fonde, quand il crée des services publics et les élève au rang de sujet de droit. Mais, suivant nous, il ne conviendrait pas que l'Etat fonde toutes œuvres, crée tous services; si par exemple il est admis à un moment donné que l'Etat ne devra plus prendre à sa charge les fonctions de l'instruction, l'entretien des établissements ecclésiastiques, la direction d'entreprises industrielles, qu'en un mot il devra exclusivement se confiner dans son rôle de défenseur de l'ordre public, il faudra déclarer par voie de conséquence que l'Etat ne devra plus fonder que dans les limites de sa mission ainsi spécialisée.

II. — Même si l'on admet que la mission de l'Etat doive rester plus complexe, et ne pas être limitée au seul maintien de la paix publique, il ne semble pas rationnellement possible de lui reconnaître le droit exclusif de conférer la qualité de personne juridique aux fondations créées en fait par les individus.

Tout d'abord, en bonne logique, et s'il n'y a à cela aucun inconvénient social, il paraît naturel que celui qui crée en fait soit aussi celui qui crée en droit : les deux opérations n'en font qu'une ; il y a un lien intime et indissoluble entre l'acte de disposition et d'affectation perpétuelle du patrimoine, d'une part, et l'acte de collation de personnalité ; c'est à celui qui veut le but, d'employer les moyens.

Une telle manière de se décider est naturelle ; elle est conforme au droit civil qui, nous l'avons vu, ne saurait refuser à la personne humaine le droit individuel de fonder ; reste à savoir si elle est conforme aussi au droit public, et si le droit public ne dénie pas à l'individu le droit de créer juridiquement sa fondation, soit parce qu'il y a là un droit, une prérogative appartenant à la personnalité spéciale de l'Etat, soit parce que la personnalisation individuelle serait dangereuse pour l'ordre public. Le droit public ne contient point ces deux éléments de décision :

1° La création de la personne fondative ne saurait être la prérogative exclusive de l'Etat. Certes l'Etat peut créer les fondations, mais non toutes les fondations. On ne peut faire découler ce prétendu droit exclusif de l'Etat, comme nous l'avons vu plus haut à propos des groupements, de son droit de souveraineté pour tout décider, tout créer. Si l'Etat était entièrement souverain, il devrait créer, non pas seulement les personnes civiles, mais aussi les personnes physiques ; si l'Etat était intégrale-

ment souverain, il n'aurait pas de mission spéciale, mais une mission sans limites ; nous arriverions ainsi à l'étatisme absolu.

2° Le droit public ne démontre pas davantage qu'il y ait danger pour l'ordre public à ce que la création juridique de la fondation soit réservée au fondateur, ni qu'il y ait un antagonisme irréductible entre ce système de liberté et les exigences les plus impérieuses de la paix publique. En pareille matière, et pour sauvegarder toujours l'ordre public, il suffit de décider que l'Etat aura le droit d'intervenir soit répressivement, soit même préventivement, dans les limites où cette intervention est nécessaire.

A) *Action répressive.* — Quand l'Etat devra-t-il intervenir et prendre la défense de l'ordre public ? Dans deux hypothèses différentes : a) Lorsque le but poursuivi par la fondation sera illicite, car alors la disposition juridique génératrice de la personnalité fondative, reposant sur une cause illicite, sera inexistante, et, conformément au droit commun, la reconnaissance judiciaire de son inexistence pourra être demandée par tout intéressé, notamment par le ministère public. b) Lorsque le but licite poursuivi par la fondation une fois créée aura disparu ; car alors, la finalité de la fondation ne subsistant plus, la raison d'être du sujet de droit fera défaut, la cause de cette institution juridique qui est la personnalité civile ne se rencontrera plus, et elle devra

tomber pour absence de cause, pour inexistence, à la requête des intéressés ou du ministère public (1).

Comment l'intervention de l'Etat pourra-t-elle s'effectuer en temps utile ? grâce à une publicité légale qui le tiendra constamment au courant de l'aptitude ou de l'inaptitude juridique de la fondation à être sujet de droit. A ce point de vue, le régime fondatif légal sera forcément un peu plus compliqué que celui auquel il convient d'assujétir les groupements. Il ne suffira pas en effet qu'une déclaration soit effectuée lors de la personnalisation. Il faudra de plus que l'Etat soit à tout instant à même de s'assurer de la persistance du but. A cet effet, il serait convenable que la fondation fût tenue ou bien de produire à intervalles réguliers, tous les ans par exemple, la justification, d'ailleurs facile, de son utilité, ou bien de produire la même justification à toute réquisition des pouvoirs compétents.

B) *Action préventive*. — Il serait désirable qu'il fût législativement statué sur la détermination du caractère illicite de certaines fondations, telles que les fondations à fins politiques.

(1) Il se passera ainsi ce qui se passe en somme lorsque l'individu physique meurt ; l'intérêt qu'il avait à être sujet de droit disparaissant avec lui, sa qualité de sujet de droit disparaît pour défaut de cause.

CHAPITRE III

ORGANISATION DE LA FONDATION PERSONNALISÉE

Le problème lui-même de l'organisation fondative se dédouble de la manière suivante : 1^o Quelle doit être la structure, non seulement externe, mais aussi intrinsèque de l'acte constitutif de la fondation ? 2^o Quel doit être le contenu de cet acte ? c'est-à-dire, quelle constitution convient-il que le fondateur donne à l'œuvre qu'il va personnaliser ?

A ce problème général se rattache la question de savoir si l'Etat doit intervenir, non seulement comme défenseur de l'ordre public, mais comme agent-organe de la fondation. Nous étudierons dans une section spéciale cette importante question.

SECTION PREMIÈRE

Acte Fondateur

§ I. — **Structure de l'acte fondateur.**

Au point de vue purement externe, l'acte constitutif

de fondation devra affecter la forme légale d'acte entre-vifs authentique ou de testament, suivant que le fondateur voudra personnaliser son œuvre de son vivant ou pour l'époque qui suivra immédiatement son décès.

Quant à la structure intime, à la nature de l'acte fondatif, elle variera suivant que le fondateur voudra personnaliser lui-même ou faire personnaliser par une tierce personne physique ou morale. Dans le premier cas, la charte fondative constituera un acte entre-vifs ou testamentaire direct ; dans le second cas, un acte modal et oblique. Nous avons pu voir au cours de notre première partie quelles différences juridiques considérables de nature et d'effets séparaient ces deux actes.

Quel acte devra de préférence choisir le bienfaiteur pour y inclure les dispositions organiques de sa fondation ? Il semble qu'à cet égard, lorsqu'il s'agit d'une fondation proprement dite, c'est-à-dire d'une fondation personnalisée, le fondateur aura tout avantage à procéder lui-même et directement. La nécessité ou l'utilité d'un intermédiaire n'apparaîtrait pas très bien, même si le fondateur agit testamentairement, puisque nous avons admis que c'était lui et non pas l'Etat qui créait l'œuvre juridiquement, qu'il n'avait pas à introduire auprès des pouvoirs une demande en personnalisation, qu'il pouvait donc, aux termes mêmes de son testament comme aux termes de son acte entre-vifs, personnaliser directement et immédiatement la fondation qu'il gratifiait.

Est-ce à dire que le procédé du don ou legs fondatif modal doit être complètement rejeté ? Non évidemment. Un tel procédé sera celui qui conviendra aux fondations non personnalisées, aux fondations dont l'exécution est confiée temporairement à l'individu, perpétuellement aux groupements compétents.

§ II. — Contenu de l'acte fondatif.

Pour la détermination du contenu de l'acte fondatif, une intervention législative serait peut-être désirable; les législations positives pourraient, dans certaines dispositions organiques, indiquer quels agents doivent diriger l'œuvre une fois créée, quels pouvoirs doivent leur être conférés, à quelles conditions, suivant quels modes doit avoir lieu leur renouvellement ou leur remplacement... Mais ces textes ne sauraient posséder un caractère impératif; ils devraient rester purement indicatifs, comme la plupart des dispositions déterminant les différents types de contrats de mariage. Ces indications législatives auraient une grande utilité, et permettraient aux fondateurs juridiquement inhabiles d'asseoir leur œuvre sur les bases solides qu'exige son caractère de quasi-perpétuité.

Avant d'étudier les organes normaux dont la constitution paraît nécessaire au fonctionnement de l'œuvre personnalisée, il y a lieu de se demander si le capital fondatif doit être considéré comme un élément essentiel

de la fondation elle-même. En d'autres termes, une fondation non dotée d'un capital est-elle inexistante ? Dans le sens de la négative, on pourrait dire : l'élément-capital est évidemment nécessaire au fonctionnement de l'œuvre, non à sa création juridique. La notion de sujet de droit, pas plus pour les personnes civiles que pour les personnes physiques, n'implique l'idée de patrimoine. Mais ces observations ne seraient point convaincantes ; il faut en revenir et s'en tenir à ce principe que tout sujet de droit, pour être tel, doit avoir une raison d'être et les moyens d'être. Or, l'individu physique peut vivre sans avoir, non la personne civile, et l'argument d'analogie ne permet pas de décider pour l'un comme pour l'autre.

Une fondation ne sera donc nécessairement organisée que si l'acte qui la constitue contient : 1° dotation et réglementation du patrimoine fondatif ; 2° détermination des organes fondatifs et des fonctions de ces organes.

A) *Dotation et réglementation de l'avoir fondatif.* — Suivant que le but sera d'une nature ou d'une autre, il importera ou il indifférera qu'un immeuble spécial, approprié à son caractère et aménagé suivant ses besoins, soit affecté à la fondation : une telle affectation sera par exemple utile pour un établissement hospitalier.

Pour ce qui est du patrimoine fondatif en général, il sera originairement composé du capital attribué en propre à la nouvelle personne juridique par le fondateur lui-même ; il pourra être augmenté dans la suite de

dons et legs faits à l'œuvre juridiquement créée. Les dons pourront être de toute nature, produits de quêtes par exemple.

Mais, si l'augmentation du patrimoine provient de cotisations stipulées payables par les bénéficiaires, pourra-t-on dire qu'il y a fondation ? Et ne sera-t-on pas fondé au contraire à prétendre que la personne juridique est une association, non une fondation ? Nous ne le croyons pas : tant qu'il y a un fonds originaire donné par un seul fondateur dans un acte fondatif unipersonnel, et assez important pour pouvoir être considéré comme un capital de premier établissement, la stipulation dans l'acte constitutif d'apports obligatoires ou facultatifs des bénéficiaires n'altérera pas le caractère fondatif de l'œuvre. Cela paraît particulièrement plausible dans l'hypothèse de fondation de caisse d'épargne.

B) *Administration, organes fondatifs et fonctions de ces organes.* — Une distinction s'impose ici entre les fondations entre-vifs et les fondations testamentaires :

1° Dans la fondation entre-vifs, il est juste que le fondateur se réserve, si bon lui semble, une place prépondérante dans la direction de l'œuvre. Néanmoins, une fois la charte constitutive rédigée et appliquée, s'il ne s'est pas expressément réservé dans cette charte le droit de modifier l'œuvre à son gré, il ne pourra le faire qu'avec le concours et l'agrément du comité qu'il s'est adjoint, et même des agents de contrôle au besoin. La raison en est bien simple : il n'est plus maître de la fon-

dation comme de sa chose ; elle ne lui appartient plus, elle est déjà une personne juridique dont la personnalité et le patrimoine sont distincts de sa personnalité et de son patrimoine, — dont il est l'organe, non le chef.

2° La distinction entre la fondation entre-vifs et la fondation testamentaire est intéressante à un autre point de vue. Lorsque le fondateur crée lui-même de son vivant, la question des garanties d'exécution ne se pose pas. Elle se pose au contraire pour la fondation testamentaire, puisqu'il ne pourra surveiller l'exécution de l'œuvre. Il est vrai que dès le jour de sa mort, la fondation qu'il a lui-même exécutée pourra ne pas être maintenue, et là encore des garanties seront nécessaires pour le maintien de l'œuvre ; un pouvoir de contrôle, véritable agent-organe de la fondation sera nécessaire, aussi bien pour la fondation entre-vifs que pour la fondation testamentaire.

Toute fondation nous paraît donc comporter deux genres d'organes bien distincts : les organes d'action, les organes de contrôle. Ces deux genres d'organes se retrouvent d'ailleurs dans toute personne civile collective.

Quelle devra être l'organisation du comité d'action ? Il devra suivant nous, avoir à sa tête un directeur, et comprendre un ensemble de fonctionnaires, constitués en corps, et devant jouer auprès du directeur le rôle d'assemblée délibérante et consultative dans certains cas graves prévus par le fondateur au moins de façon

générale. Le directeur et les membres du comité pourront être recrutés de façon variable ; s'il s'agit par exemple d'un hospice, le fondateur pourra tout naturellement désigner un certain nombre de fonctionnaires ou de citoyens notables ; c'est ainsi qu'en pratique il désigne souvent le représentant d'un ou de plusieurs cultes, le représentant de la commune. Ces membres peuvent être nommés à temps ou à vie, être rééligibles ou remplaçables par voie de cooptation, ou, s'il s'agit par exemple du maire, du curé, du pasteur, être, en cas de décès ou de cessation de fonctions, remplacés par leur successeur. La perpétuité de la constitution du comité est ainsi facilitée. Le fondateur peut particulièrement stipuler que sa famille sera toujours représentée dans le comité, bien qu'il puisse y avoir là, pour son œuvre, quelque inconvénient, en cas d'incapacité ou d'indignité de quelques-uns des parents appelés de génération en génération comme membre du comité. S'il s'agit d'une œuvre de but scientifique, sa représentation peut se faire en partie par le choix de certains spécialistes autorisés, tels que les membres de certains corps savants de buts et de finalités analogues.

Certains membres du comité actif peuvent-ils être les élus des bénéficiaires ? Cela ne se concevrait-il pas, non point pour les hospices, mais pour certaines œuvres, telles qu'un institut scientifique, une université ? Nous le verrons plus loin.

Au comité d'action seront naturellement confiées

l'administration de l'œuvre, c'est-à-dire la gestion de ses capitaux, et l'organisation, la direction des services de bienfaisance, qui constituent la finalité de la fondation.

La détermination des pouvoirs de contrôle et le choix des agents de contrôle seront parfois plus embarrassants pour le fondateur. Et d'abord, peut-il prendre comme agents de contrôle un certain nombre de représentants élus des intéressés, c'est-à-dire des bénéficiaires? Cette intervention indirecte des bénéficiaires ne va-t-elle pas avoir pour effet d'attribuer à la fondation le caractère d'œuvre collective, de groupement social? Nous ne croyons pas qu'il y ait inconvénient même à ce point de vue à admettre la participation des destinataires au gouvernement de la fondation. En premier lieu, une différence irréductible se maintiendra toujours entre la fondation et le groupement : la fondation est d'initiative singulière alors que le groupement est l'œuvre d'une collectivité. Il subsistera cette autre différence irréductible, conséquence de la première, entre l'une et l'autre espèce de sujet de droit, à savoir : la collectivité ne saurait durer qu'avec l'agrément ininterrompu des associés; elle peut disparaître et être dissoute du consentement de ces associés, ou du moins de leur majorité, fixée suivant certaines proportions; elle est l'œuvre chaque jour renouvelée de tous les associés, en vertu d'une série de contrats successifs prenant leur source dans

un consentement tacite de tous les associés. On ne saurait en dire autant de la fondation : la fondation est l'œuvre du fondateur, non des destinataires ; ceux-ci n'ont pas, et ne sauraient avoir le droit de dissolution ; ce n'est pas leur consentement continu et tacite qui soutient l'œuvre ; l'œuvre vit, et vit perpétuellement en vertu de l'acte de volition consenti par le bienfaiteur, et dont les effets se prolongent et doivent se prolonger tant qu'ils ne sont ni inutiles ni illicites. Et le consentement des bénéficiaires pourrait d'autant moins être ici effectif, que non seulement l'œuvre ne leur appartient pas, mais qu'aussi et surtout elle a été créée pour profiter à toute une série de bénéficiaires futurs, et non aux seuls bénéficiaires actuels. Bref on ne conçoit pas que les bénéficiaires puissent avoir quelque action sur le maintien ou la disparition de l'œuvre, par cela seul qu'ils ne sont point des associés. Mais il n'existe aucun obstacle théorique à ce que les bénéficiaires puissent, dans certaines fondations, suivant certaines conditions, dans certaines proportions, élire des membres du comité directeur ou des assemblées de contrôle. Ainsi admis dans l'administration de l'œuvre par voie d'intervention indirecte, les bénéficiaires agissent tant dans leur intérêt que dans l'intérêt des destinataires futurs ; ils entretiennent ou défendent l'œuvre, et jouent ainsi un rôle analogue à celui qui est assigné dans l'Etat aux citoyens électeurs. Ces citoyens, ou plutôt leur majorité, ne saurait décider, à l'encontre des intérêts soit des

minorités, soit des générations à venir, la suppression de l'Etat, car nous avons supposé que la personnalisation de l'Etat ne prend pas sa source dans un contrat social, mais dans un fait instinctif et nécessaire ; ils ne peuvent que participer, dans l'intérêt commun de tous les citoyens actuels et futurs, à l'administration des affaires publiques.

Garanties d'exécution de la fondation testamentaire.

— Un bienfaiteur fonde par testament, c'est-à-dire crée un sujet de droit et le dote ; mais il n'a pu ou n'a voulu de son vivant constituer l'œuvre en fait. Cette œuvre est par exemple un hospice : il est nécessaire pour que le service hospitalier puisse être assuré qu'un immeuble spécial, et spécialement distribué soit construit ; il est nécessaire que les agents-organes soient mis en action, que le comité se réunisse et administre. Qu'advient-il si l'homme de confiance chargé par le fondateur de prendre l'initiative de cette mise en œuvre, et qui a accepté cette charge, manque à ses engagements ? Qui aura qualité pour le contraindre ou pour se substituer à lui, en vertu d'une autorisation de justice au besoin, dans l'accomplissement de la charge ? La question est fort simplifiée si l'on ne perd pas de vue que le testament ayant créé non plus seulement une œuvre de fait à faire personnaliser, mais une œuvre de droit dûment personnalisée, cette œuvre personnalisée est en mesure de se défendre elle-même, de se mettre en mouvement et en action elle-même ; le comité actif prévu et organisé

par le fondateur dans son testament constitutif pourra donc se réunir, et prendre toutes mesures utiles ; s'il reste inactif, les pouvoirs de contrôle auront qualité pour intervenir.

Garanties de maintien de la fondation. — La fondation entre-vifs ou testamentaire une fois constituée dans les conditions et suivant la réglementation que nous venons de voir, le fondateur pourra-t-il être pleinement rassuré sur l'avenir de son œuvre ? N'y a-t-il pas lieu de rechercher certaines garanties spéciales d'avenir touchant le recrutement des agents-organes ? Ces garanties d'avenir sont-elles possibles ? Nous avons vu que le comité d'action pourrait se composer particulièrement de fonctionnaires et de notables, perpétuellement présents dans un centre départemental ou communal, et en mesure par conséquent d'assurer perpétuellement la composition du comité actif. Mais il est incertain que les personnes ainsi désignées par le fondateur acceptent de générations en générations la mission qui leur est offerte. Y a-t-il un remède à cet élément de précarité pour la fondation ? Une distinction s'impose ici entre les œuvres dont les bénéficiaires peuvent s'unir, se grouper, et voter la constitution de comités de contrôle ou l'élection de certains membres du comité d'action, et les œuvres ayant pour bénéficiaires un ensemble de personnes tout à fait incertaines, ou n'appartenant qu'un instant à l'œuvre : une foule ainsi innommée et aussi flottante ne pourrait avoir part au gouvernement de la

fondation. Cela est évident par exemple dans l'hypothèse d'un orphelinat ou d'un asile. De telles œuvres pourront néanmoins posséder toujours leurs comités ; en effet, le comité primitif, composé par les soins du testateur, de membres dont celui-ci a obtenu la promesse de concours, et devant, dans de semblables fondations, se renouveler par cooptation, pourvoira, si les successeurs aux mêmes fonctions refusent le rôle de membres du comité, à la composition d'un nouveau comité par la nomination de membres quelconques, choisis le plus possible conformément au vœu du fondateur.

SECTION II

Rôle de l'Etat.

Il est désirable que la fondation soit autonome, mais il est nécessaire que son autonomie ne soit aucunement nuisible dans ses conséquences à l'intérêt public. Si donc une fondation poursuit un but illicite, ou si le but licite qu'elle a poursuivi vient à défaillir, l'Etat comme représentant de l'ordre public a le droit et le devoir d'intervenir, non pour supprimer arbitrairement le sujet de droit fondatif, mais pour en faire déclarer judiciairement l'inexistence.

Cette intervention est la seule, suivant nous, qui puisse convenir à l'Etat en matière fondative, et il ne semble pas utile, ni même possible qu'on l'investisse dans

l'intérêt de la fondation, d'une mission de contrôle, ou, à plus forte raison, d'une mission active.

L'intervention de l'Etat, soit dans la direction, soit seulement dans le contrôle de l'organisation fondative, n'aurait point d'utilité, puisque, dans la précédente section, nous avons vu que les garanties d'exécution et de maintien de l'œuvre pouvaient se trouver de façon satisfaisante dans la constitution raisonnée des comités et dans le choix prudent des fonctionnaires fondatifs.

L'intervention étatique serait non seulement inutile, mais aussi inquiétante, en ce que la place qui serait réservée à l'Etat, de détermination difficile, pourrait devenir prépondérante ; le caractère individualiste de l'œuvre disparaîtrait, le but primitif serait insensiblement modifié, et la fondation deviendrait sans peine un service public. D'autre part, de nombreuses fondations revêtent un caractère confessionnel incompatible avec le caractère de neutralité que doivent posséder d'une façon constante l'Etat et ses services ; du jour où l'Etat s'occupe d'œuvres confessionnelles, du jour où il devient agent-organe d'une fondation poursuivant un but religieux, il est clair qu'il sort de son rôle et dévie de sa direction normale.

Lorsque la cause fondative est illicite, ou lorsque cette cause, de caractère licite, vient à défaillir, l'Etat intervient, et les tribunaux prononcent l'inexistence de la fondation. Que doit-il advenir du capital fondatif ?

Dans l'hypothèse d'une cause illicite, la solution sera simple : il est vraisemblable que l'inexistence sera prononcée dès l'apparition de l'œuvre ; c'est du moins ce qui devra se produire si le pouvoir de surveillance de l'Etat est soigneusement exercé ; les capitaux, dans ce cas d'inexistence, ne sont pas juridiquement sortis du patrimoine du fondateur ; c'est donc au fondateur, ou à son héritier légitime ou institué que les capitaux doivent faire retour.

Le problème est plus délicat si, par hypothèse, l'œuvre, basée sur une cause licite, devient par la suite inexistante pour défaut de cause. La fondation a existé ; elle a réellement été titulaire de la propriété du capital du jour de sa personnalisation au jour de sa chute. Les héritiers ne sauraient donc revendiquer le patrimoine fondatif sous prétexte qu'il n'est pas juridiquement sorti du patrimoine du fondateur, leur auteur. Une action en révocation, par eux intentée, et recevable seulement pendant trente ans, serait également mal fondée ; on ne saurait parler d'inexécution de la charge ; la charge a été exécutée, le but a été rempli. La vérité est que la fondation a vécu ; qu'elle a été, mais n'est plus sujet de droit, de même que le sujet de droit physique disparu par décès ; que le patrimoine fondatif est vacant et que l'Etat doit le recueillir, puisqu'il ne saurait être question de succession pour les personnes civiles.

Nous ajouterons toutefois que dans l'hypothèse de vacance du patrimoine fondatif, l'Etat devra autant

que possible affecter ce patrimoine à un but d'utilité publique proche de celui que voulait poursuivre le fondateur.

On concevrait même, que pour éviter cette vacance, le fondateur puisse dans un acte fondatif assigner à son œuvre un but subsidiaire.

CHAPITRE IV

DÉFINITION DE LA FONDATION PERSONNALISÉE

Nous croyons avoir répondu, en nous inspirant des faits et des principes, à la question que nous nous étions posée au début de cette étude ; nous avons en effet déclaré que l'acte fondatif pouvait être tantôt une libéralité à une œuvre personnalisée, acte double contenant création de la personne donataire et disposition de la chose donnée, et tantôt une libéralité *pour* une œuvre non personnalisée ; que la personnalisation se recommandait surtout pour les œuvres d'assez grande ampleur ; que l'organisation de la fondation personnalisée comportait un régime spécial, impliquant d'une part le droit à l'existence autonome pour le sujet fondatif, et d'autre part le droit d'intervention pour l'Etat en tant seulement que représentant de l'ordre public. Nous posons maintenant les éléments nécessaires à la définition de l'acte fondatif et de la fondation.

§ I. — Définition de l'acte fondatif.

Puisque la fondation consiste tantôt dans une libéralité pour une œuvre non personnalisée, tantôt dans une libéralité oblique pour une œuvre à personnaliser, tantôt dans une libéralité directe à une œuvre personnalisée, on conçoit qu'il y ait divers types d'actes fondatifs. 1^o S'il s'agit d'une libéralité pour une œuvre non personnalisée, la fondation est une simple charge, et l'acte fondatif se réduit à une clause d'acte, à un mode. 2^o S'il s'agit d'une libéralité indirecte pour une œuvre à personnaliser, la fondation est une simple charge, et l'acte fondatif un don ou legs sub modo spécial. 3^o S'il s'agit d'une libéralité directe à une œuvre personnalisée, l'acte fondatif n'est plus un don ou un legs avec charge, mais un acte juridique *sui generis*, que l'on pourrait définir, en tenant compte à la fois de ses éléments instrumentaires et de son contenu : un acte solennel, en forme authentique ou testamentaire, soumis à une publicité essentielle à sa validité, et contenant à la fois création et dotation directes d'un sujet de droit par un autre sujet de droit.

§ II. — Définition de la personne fondative.

C'est ici qu'il importe de faire une distinction absolue entre les deux institutions juridiques fort différentes

auxquelles on donne la dénomination commune de fondation.

Si l'acte fondatif contient une libéralité pour une œuvre non personnalisée, la fondation n'est qu'une charge personnelle grevant perpétuellement une libéralité faite par un sujet de droit à une personne civile, un simple service annexe des services de cette personne civile, une œuvre de fait.

Si l'acte fondatif contient une personnalisation, la fondation est un sujet de droit, indépendant de toute idée d'être, doué d'une personnalité partielle, créé par un autre sujet de droit dans un but socialement utile, et dont la durée est conditionnée par la durée de ce but.

La fondation personnalisée, nous le voyons, n'est pas essentiellement et absolument perpétuelle : elle tend vers la perpétuité, en ce sens que si son but se perpétue, elle aussi se perpétue, et qu'elle disparaît, si son but disparaît. A ce point de vue l'expression consacrée de fondation perpétuelle nous paraît impropre.

Nous avons eu maintes fois l'occasion d'observer les différences radicales et évidentes qui séparent la notion de personne physique de celle de personne fondative. Il serait inutile d'insister davantage sur ces points.

Mais, en terminant notre étude de la personnalité des fondations, et alors que nous sommes en possession d'une définition précise de la personne fondative, nous

devons rapprocher une dernière fois cette institution juridique du groupement personnalisé.

Le groupement personnalisé est un sujet de droit, indépendant de toute idée d'être, doué d'une personnalité partielle par un ensemble ou pour un ensemble de personnes, dans un but licite, et dont la durée est conditionnée par la persistance des volontés associées créatrices de la personnalisation.

Du rapprochement de nos deux définitions basées sur des explications antérieures, nous déduirons les différences essentielles et irréductibles suivantes entre le groupement et la fondation: 1° La fondation est l'œuvre d'une personne, non, comme la société, l'œuvre d'un groupe. 2° La fondation, qui tend vers la perpétuité et n'est par conséquent pas faite pour le fondateur lui-même, doit, pour avoir une finalité, être d'utilité sociale au moins indirecte, c'est-à-dire profiter au moins à une pluralité de bénéficiaires. Le groupement qui, même en poursuivant des fins individualistes, même en recherchant l'intérêt des seuls associés, profite normalement à la collectivité sociale, peut, en fait, ne pas profiter à cette collectivité, pourvu toutefois qu'il ne lui nuise jamais. 3° La durée de la fondation, comme celle du groupement, est conditionnée par la durée de son but, par la persistance de sa finalité. Mais, si la fondation ne peut disparaître qu'avec son but, le groupement peut se désagréger, se dissoudre, du consentement des associés, lors même que son maintien aurait présenté

quelque utilité. 4° Comme les groupements, les fondations supposent fréquemment l'existence, à leur base, d'une agglomération d'individus, et même d'une agglomération organisée, d'une véritable collectivité. Nous avons vu en effet que les bénéficiaires pouvaient former des groupes organisés, afin de prendre part à l'administration fondative. Mais la pluralité ou la collectivité des destinataires actuels d'une fondation, à la différence de la collectivité des associés, n'est pas créatrice du sujet de droit autour duquel elle se groupe et n'en saurait être destructrice. 5° Enfin, l'auteur d'une fondation consent une libéralité, c'est-à-dire une aliénation irrévocable ; si son œuvre tombe, le patrimoine fondatif est vacant et l'Etat doit se l'approprier. Les créateurs d'un groupement ne consentent point une libéralité : lors de la dissolution de la collectivité personnalisée, et sauf peut-être en ce qui concerne les groupements politiques, le patrimoine collectif semble partageable entre les associés ; ce dernier point est néanmoins très douteux.

Vu : LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
F. LARNAUDE.

Vu : LE DOYEN,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :
LE VICE-RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS
GRÉARD.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION.....	3

PREMIÈRE PARTIE

EXAMEN DES FAITS ET DES LOIS

CHAPITRE PREMIER

LES FONDATIONS DANS LE PASSÉ

SECTION I ^{re} . — <i>Époque grecque</i>	9
SECTION II. — <i>Époque romaine</i>	12
SECTION III. — <i>La fondation dans l'ancienne France</i> .	
§ I. Régime de liberté ; § II. Régime restrictif ; § III.	
Régime interdictif.....	15

CHAPITRE II

LES FONDATIONS DANS LE DROIT FRANÇAIS

SECTION I^{re}. — *Droit civil*: § I. Personnalisation de l'œuvre par le procédé de la libéralité modale. I. Don modal fondatif. II. Legs universel à charge de fonder. A) Analyse du legs universel fondatif; a) Dévolution du patrimoine légué; b) Obligation de fonder; c) Connexité de la dévolution du patrimoine et de l'obligation de fon-

der; d) La fondation par rapport au fondateur et au légataire fondatif. B) Légalité du legs universel fondatif. III. Legs à titre universel à charge de fonder. A) Analyse du legs fondatif à titre universel; B) Légalité du legs fondatif à titre universel. IV. Legs à titre particulier à charge de fonder. — § II. Personnalisation de l'œuvre par le procédé de la libéralité directe. I. Fondation entre vifs directe. II. Fondation testamentaire directe..	30
SECTION II. — <i>Droit public</i> : I. Fondation entre vifs; II. Fondation testamentaire.....	85

CHAPITRE III

JURISPRUDENCE

SECTION I ^{re} . — <i>Droit civil</i>	98
SECTION II. — <i>Droit public</i>	120

DEUXIÈME PARTIE

PROBLÈME DE LA PERSONNALITÉ

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA PERSONNALITÉ

SECTION I ^{re} . — <i>Personnalité des êtres physiques</i>	133
SECTION II. — <i>Personnalité des êtres moraux</i> : § I. Possibilité de la personnalité civile; § II. Nécessité de la personnalité civile; § III. Possibilité de la personnalité civile des services publics; § IV. Collation de la personnalité civile.....	147

CHAPITRE II.

PERSONNALITÉ DES FONDATIONS

§. I. Possibilité de la personnalité fondative; §. II. Nécessité de la personnalité fondative; § III. Collation de la personnalité fondative.....	169
---	-----

CHAPITRE III

ORGANISATION DE LA FONDATION PERSONNALISÉE

SECTION I ^{re} . — <i>Acte fondatif</i> : § I. Structure de l'acte fondatif; § II. Contenu de l'acte fondatif.....	188
SECTION II. — Rôle de l'État.....	199

CHAPITRE IV

DÉFINITION DE LA FONDATION PERSONNALISÉE

§ I. Définition de l'acte fondatif; § II. Définition de la personne fondative.....	203
---	-----

TABLE ALPHABÉTIQUE

A

Acceptation conjointe (Système de l'), 123.
Accidentel (Elément), 52.
Acte fondatif (Définition de l'), 204.
Action exécutoire de la fondation, 117.
Action révocatoire de la disposition, 118.
Action répressive et préventive de l'Etat en matière de fondations, 186.
Agents-organes des personnes morales, 151.
Animaux (Personnalité des), 145.
Association (Contrat d'), 159.
Autonomie de la fondation, 172.
Autorisation (Principe de l'), 87.

B

Bénéficiaire d'une stipulation pour autrui (art. 1121), 56.
Bénéficiaires de la fondation : cotisation, 192 ; vote et administration, 195.

C

Caducité de la fondation, 186.
Capital fondatif : est-il un élément essentiel de la fondation ? 190 ; que devient il en cas d'inexistence ou de caducité de la fondation ? 200.
Charge (Système jurisprudentiel de la), 110.
Charge de fonder grevant une personne physique, 114.
Collation de la personnalité civile aux groupements, 165 ; à la fondation, 184.

Comité directeur de la fondation, 193.
 Condition causale, 54 ; condition illicite 55 ; condition impulsive 56 ; condition si nascatur 115.
 Connexité des deux éléments de l'acte fondatif, 49.
 Contemporanéité (règle de la) art. 906, 64.
 Contrôle de l'Etat en matière de fondations, 187.
 Contrôle de la fondation (organes de), 195.
 Curator rei publicæ, 14.

D

Déclaration (système de la) 168.
 Définition de la fondation, 205 ; du groupement, 206 ; de l'acte fondatif, 204.
 Déments (personnalité des), 140
 Dévolution légitime, 39 ; testamentaire, 39.
 Donation (essence de la), 31 ; Donation au profit de personne future, 66 ; Donation déguisée, 99 ; Donation modale, 36 ; Donation fondative, 83.
 Droit de fonder, 178 ; Droit de tester, 179.
 Droit intermédiaire, 25.
 Droit public, 85 ; Droit civil, 30.

Droits politiques, 176.
 Droits réels, 41 ; personnels, 41.

E

Ecoles confessionnelles, 116.
 Edit de 1749, 21.
 Enfants (personnalité des) 140.
 Etablissements publics et d'utilité publique, 87.
 Etat (personnalité de l'), 154 ; Spécialité de l'Etat, 166 ; Souveraineté de l'Etat, 165.
 Exécution testamentaire, 57.

F

Faculté de rachat, 74.
 Fiction juridique, 143.
 Finalité (Elément) 151. Finalité de la fondation, 170.
 Fondation personnalisée (Définition de la) 205 ; fondation entre-vifs, 83 ; fondation testamentaire 38 ; fondation directe, 82 ; fondation modale, 35 ; fondation grecque, 9 ; fondation romaine, 12 ; fondation médiévale, 15.

G

Garanties d'exécution, 197 ; de maintien, 198.
 Groupements politiques, 88 ; sociaux, 88.

I

Incertaines (Personnes), 108.
 Inexistence de la fondation, 186.
 Incommutabilité de la propriété, 72.
 Intérêt (Elément), 140.
 Interposition de personnes, 106.

J

Jurisprudence administrative, 122. Jurisprudence civile, 125.

L

Législation fondative, 190.
 Legs (Essence du), 31 ; legs au profit de personne future, 102 ; legs modal, 106 ; legs fondatif direct, 84 ; indirect, 38 ; legs fondatif universel, 38 ; à titre universel, 75 ; à titre particulier, 79.
 Libéralité (Essence de la), 30.

M

Main-morte, 182.
 Mandat testamentaire, 42.
 Mode causal, 54.
 Mulcta, 14.

N

Neutralité (Principe de la), 86.

O

Obligation de faire personnaliser, 42 ; de doter, 42.
 Organe (Elément), 151.

P

Perpétuité des fondations, 205.
 Personnalité intégrale, 150, partielle, 155.
 Personnalité des services publics 163 ; des fondations, 169.
 Personne fondative (Définition de la), 205.
 Personne future, 66.
 Personne morale ou civile (Essence de la), 152. Personne physique (Essence de la), 140.

R

Reconnaissance légale (Principe de la), 85.
 Représentation (Théorie de la), 143.
 Rétroactivité (Système de la), 105.

S

Sanction (Notion juridique de la), 136.
 Services publics, 163.
 Société (Contrat de), 159.

- | | |
|----------------------------------|--------------------------------|
| Spécialité (Principe de la), 86. | Substitution prohibée 59, per- |
| Stipulation pour autrui, 115. | mise, 66 ; vulgaire, 48. |
| Stipulation principale pour au- | Sujet de droit, 133. |
| trui (art. 1119), 32. | |
| Substitution d'établissement | |
| compétent à établissement | |
| incompétent, 124. | |

V

Volonté (Elément), 140.





BUZANÇAIS (INDRE), IMPRIMERIE F. DEVERDUN
